



A IMPORTÂNCIA DA ASSISTÊNCIA CONSULAR PARA A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Dissertação realizada no âmbito do
Mestrado Profissionalizante em Direito
Internacional e Relações Internacionais,
sob orientação do Exmo. Sr. Professor
Doutor Jaime Rui Drummond Leitão do
Valle.

Mestranda: Vanessa Duarte Matos do Couto

Lisboa

Fevereiro 2017

Índice

RESUMO	5
INTRODUÇÃO.....	9
PARTE 1	11
CAPÍTULO I	11
PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: MUDANÇAS NO PARADIGMA INTERNACIONAL	11
I.1 SOBERANIA ESTATAL	11
I.2 SOBERANIA <i>VERSUS</i> DIREITOS HUMANOS	15
I.2.1 A Soberania na Ordem Internacional.....	15
I.2.2 Direito de Jurisdição dos Estados na Ordem Internacional	17
I.2.3 Estado e Direitos Humanos	19
I.2.4 Conciliação dos Direitos Humanos com a Imunidade Estatal.....	24
CAPÍTULO II	29
SISTEMAS DE PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS.....	29
II.1 INTERNACIONAL: ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS.....	29
II.2 NA EUROPA.....	34
II.3 EM ÁFRICA.....	42
II.4 NA AMÉRICA	45
II.5 NA ÁSIA	47
PARTE 2	52
CAPÍTULO III	52
NORMAS INTERNACIONAIS DE DIREITO CONSULAR	52
I.1 POSITIVAÇÃO DAS RELAÇÕES DIPLOMÁTICAS E DAS RELAÇÕES CONSULARES.....	55
I.1.1 Em Portugal	57
I.2 DIREITO CONSULAR <i>VERSUS</i> DIREITO DIPLOMÁTICO	58
I.3 ATIVIDADE DO CÔNSUL	62
I.4 PRIVILÉGIOS, IMUNIDADES E FACILIDADES	64
I.4.1 Privilégios, Imunidades e Facilidades do Posto Consular	65
I.4.2 Privilégios, Imunidades e Facilidades do Funcionário Consular.....	69
PARTE 3	72
CAPÍTULO IV	72
DIREITOS HUMANOS E ASSISTÊNCIA CONSULAR.....	72

I.1 FUNÇÕES DA ASSISTÊNCIA CONSULAR.....	72
I.2 IMPORTÂNCIA DA ASSISTÊNCIA CONSULAR PARA A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS	77
CONSIDERAÇÕES FINAIS	98
BIBLIOGRAFIA.....	104

A IMPORTÂNCIA DA ASSISTÊNCIA CONSULAR PARA A PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS

*Aos meus Pais,
Às minhas Irmãs,
A ti, Nuno,*

RESUMO

A vaga definição do conceito de assistência consular carrega interpretações de diversa natureza, facto que resulta no conflito de valores e princípios entre Estados. No entanto, é unanimemente aceite que a assistência consular garante que o estrangeiro seja respeitado. Contudo, o desempenho de funções do cônsul está sujeita às leis e regulamentos do Estado recetor, factor que poderá mostrar a impotência do Estado em certas situações.

A assistência consular tem inúmeros benefícios para a permanência de um indivíduo no exterior, ultrapassando barreiras de carácter linguístico e cultural, assim como a sua defesa por profissionais especialistas quando necessário o acesso a instâncias e órgãos do Estado. No que diz respeito ao exercício da função de assistência consular a cidadãos presos, o Estado recetor tem obrigações e a vontade da pessoa presa é, neste contexto, relevante para o exercício dessa função. Contudo, uma vez deslocado do seu Estado de origem, sem qualquer ligação com instrumentos legislativos e muitas vezes sem perceber a língua, o cidadão deverá ser informado pelas autoridades locais de quais os procedimentos a seguir, nomeadamente, com a faculdade de pedir assistência consular. Uma vez aceite a assistência consular, o Estado recetor tem a obrigação de informar o posto consular e de facilitar todo o processo de assistência, designadamente no que concerne à comunicação e visita dos funcionários consulares para a persecução efetiva das suas funções. Contudo, as autoridades locais nem sempre cumprem com as suas obrigações de informar o cidadão preso da possibilidade de proteção do seu Estado no processo.

Em casos em que está em causa o direito à vida e onde os cidadãos estrangeiros, pouco ou nada familiarizados com a língua do Estado de acolhimento, não foram informados da possibilidade de ter assistência do seu Estado de origem, a assistência consular assume um papel fundamental para a defesa dos direitos do seu nacional.

Palavras-Chave: Direitos Humanos, Direito Consular, Assistência Consular, Princípio da não-ingerência, Soberania Estadual

ABSTRACT

The vague definition of the concept of consular assistance carries interpretations of various kinds, which may result in the conflict of values and principles between States. However, there is unanimous agreement that the consular assistance guarantee which allows the alien to be respected. Although, the performance of consul's functions is subject to the laws and regulations of the State recipient, a factor that may show the impotence of the State in certain situations.

The consular assistance has numerous benefits for the individual stay abroad, transcending borders of linguistic and cultural character, as well as their defense by professional experts when necessary access to bodies and organs of the State. Regarding the exercise of the consular assistance to citizens arrested, the State receiver has obligations and the will of the person arrested is, in this context, relevant to the exercise of this function. However, once moved from his State of origin without any connection with legislative instruments and often without realizing the language, citizens should be informed by local authorities of which procedures to follow, namely with the option of applying consular assistance. Once accepted to consular assistance, the State recipient has the obligation to inform the consular post and to facilitate the entire process of assistance, especially regarding the communication and visit of the consular officers for achieving its functions effectively. However, local authorities do not always comply with their obligation to inform the citizen arrested about the possibility of protecting his State in the process.

For all these reasons, the consular assistance takes on a crucial role on the defense of its national's human rights, particularly in cases where it is concerned the right to life and where foreign citizens were not informed of the possibility to have assistance from their state of origin.

Keywords: Human Rights, Consular Law, Consular Assistance, principle of non-interference, State Sovereignty

“ Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade.”

Artigo 1º Declaração Universal dos Direitos do Homem,

10 de dezembro de 1948

INTRODUÇÃO

Até ao séc. XX os Estados compunham o Sistema Internacional como sujeitos soberanos, o que permitia a subjugação do indivíduo apenas a instrumentos jurídicos nacionais, uma vez que os Estados eram os únicos sujeitos de Direitos Internacional.

Com a Paz de Vestefália nasceu uma Sociedade Internacional pluralista, baseada em entidades territoriais distintas e autônomas, postulada na doutrina da independência dos poderes políticos em relação à Igreja católica, da independência entre Estados, alicerçada no dever de não interferência nos assuntos internos. Estes são os dois elementos fundamentais que sustentaram o aparecimento desta nova ordem internacional¹.

As consequências desastrosas das duas Grandes Guerras mudaram a consciência de respeito pela vida humana, o que permitiu a utilização da ideia de Soberania Estadual não só em prol dos interesses da Nação, mas na proteção de Direitos Humanos. Neste contexto, tornou-se evidente a criação de um Sistema Internacional adequado para proteger Direitos Humanos e manter a paz, cuja formalização se efetivou com a Organização das Nações Unidas (ONU) e com a criação do primeiro Sistema Internacional de Direitos Humanos. A partir de então, começaram a surgir algumas organizações regionais como mecanismos importantes de proteção de Direitos Humanos, complementando o papel da ONU nesse sentido.

O Estado Soberano é uma figura dotada de legitimidade, que garante a paz e a segurança pública dos seus cidadãos (artigo 2.º, n.º I da Carta das Nações Unidas), cuja a liberdade de ação tem como limite a sua proibição pela lei. Assim sendo, a proibição da ingerência nos assuntos internos de outros Estados é o princípio da proibição do uso da força, que permite a garantia das competências do Estado.

A cláusula da não-interferência pressupõe logicamente o dever de respeitar as leis locais, alicerçada ao princípio de não-intervenção plasmado na carta das Nações Unidas² (artigo 2, n.º7 da carta: “*Nothing contained in the present Charter shall authorize the United Nations to intervene in matters which are essentially within the domestic jurisdiction of any state*”). Contudo, a controvérsia é muitas vezes levantada

¹ CRAVINHO, João Gomes (2008) *Visões do Mundo. As Relações Internacionais e o Mundo Contemporânea*, 3.ª edição, Lisboa, ICS.

² LEE, Luke T. (1991) *Consular law and practice*, 2nd ed, New York, Oxford University Press. Pp. 84

em relação à flexibilidade que existe na aplicação de argumentos como o da Soberania diante os Direitos Humanos, tanto pelos Estados acusados, como pelos Estados que querem interferir. Alguns episódios da história demonstraram que o argumento de violação de Direitos Humanos é utilizado como instrumento de ingerência no território de outros Estados, como o que aconteceu na Somália em 1991 e no Kosovo em 1999.

Afinal, que universalidade é a atribuída aos Direitos Humanos? Mesmo entre os Direitos Humanos reconhecidamente “universais”, como o direito à vida, há interpretações de conteúdo, o que permite a variedade de conceitos e, conseqüentemente, a dificuldade da sua delimitação e abrangência. Neste contexto, os Direitos Humanos acabam por ser reconhecidos pelo direito internacional como uma política de *soft law*, sem força vinculativa.

Vários autores demonstraram a importância do surgimento da instituição consular como um instrumento utilizado para a defesa do nacional de um Estado no estrangeiro. Os funcionários consulares e diplomáticos surgiram com o intuito de representar, em diferentes dimensões, o Estado de que são nacionais no estrangeiro, cujas funções foram positivadas na Convenção de Viena para as Relações Diplomáticas em 1961 e na Convenção de Viena para as Relações Consulares em 1963.

A função consular está alicerçada essencialmente pela função de assistência consular, que, em termos genéricos, visa prestar aos nacionais do Estado que o posto consular representa toda a ajuda, nomeadamente em termos de informação de que possam necessitar para tratar e resolver as questões pessoais e profissionais com que eventualmente tenham de lidar com o Estado recetor.

À assistência consular coloca-se um desafio cada vez maior, principalmente no que diz respeito à proteção de Direitos Humanos dos seus nacionais em Estados estrangeiros, nomeadamente pela forma como o Estado recetor interpreta a pertinência da assistência consular, obstáculo que limita o desempenho da função de assistência consular. Muito embora seja atribuído ao posto consular a faculdade de definir as competências segundo as quais pode desempenhar as suas funções, a sua atuação está sujeita às leis e regulamentos do Estado recetor. Ao longo do tempo as responsabilidades dos funcionários consulares foram aumentando, conseqüência da alteração dos perigos a que os cidadãos atualmente estão sujeitos.

PARTE 1

CAPÍTULO I

PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: MUDANÇAS NO PARADIGMA INTERNACIONAL

I.1 SOBERANIA ESTATAL

Desde o fim da era medieval e até finais do século XX poderá dizer-se que o Sistema Internacional se viu regido por um paradigma comum, caracterizado pela existência exclusiva dos Estados Soberanos como atores do Direito Internacional. Admitia-se como legítima a Guerra Interestadual e a subjugação dos Indivíduos enquanto objetos orientados puramente pela legislação nacional.³

Neste contexto, a luta pela moderação do poder dos governantes e pela consolidação da justiça num sistema jurídico nacional perdurou desde tempo medievais, como evidenciado por um excerto da obra *'De Legibus et Consuetudinibus Angliae'*, escrita por Henry Bratton no século XIII:

"Ipse autem rex, non debet esse sub homine, sed sub Deo et sub lege, quia lex facit regem. (...)."

*"O Rei não pode ficar subordinado a um homem mas somente a Deus e à lei, porque a lei faz o Rei (...)."*⁴

No tempo medieval a soberania Estatal identificava-se pela pessoa do monarca, que considerava e tratava o Estado como propriedade privada patrimonial da dinastia reinante. Exercer o poder régio não significava realizar Políticas Públicas e, *a fortiori*, a Política Externa, em nome da *'Raison d' Etat'* isto é, no interesse nacional, mas sim em prol dos interesses dinásticos.⁵

³ WILDHABER, Luzius (2006). *"The European Court of Human Rights: The Past, The Present, The Future"*. Based on remarks given by President Wildhaber of the ECHR at the American University Washington College of Law on April 21, 2006. Pp. 522

⁴ BRATTON, Henry De (2012). *De Legibus et Consuetudinibus Angliae*, Cambridge, Cambridge University Press. Pp. 38

⁵ TESCHKE, Benno (2002). *"Theorizing the Westphalian System of States: International Relations*

Verifica-se que a Razão do Estado estava, portanto, intimamente ligada ao monarca e à dinastia mas não aos interesses do povo e dos seus indivíduos.

A noção de Luís XIV do Estado como Património Dinástico (*L'Etat c'est moi*) propagou-se às casas reinantes da Europa, ao mesmo tempo que as ideias iluministas e a intelectualidade da época, promotoras da emancipação dos indivíduos pela razão de uma tutela levada a cabo pelo monarca. Na prática, assistia-se à manutenção do *status* internacional, a par com a ausência de proteção dos direitos individuais do Homem.

A mudança de paradigma surge, finalmente, com a Paz de Vestefália, a qual concluiu os 30 anos de guerra no Sacro Império Romano-Germânico pela assinatura dos Tratados de Paz de Munster e Osnabruck, em 1648.

Estes tratados constituíram um momento de definição na evolução da Sociedade Internacional Moderna, uma vez que traduzira o declínio do poder da igreja, o nascimento de uma sociedade pluralista de Estados autónomos, e a emergência do Direito Internacional a partir de leis consuetudinárias. Torna-se claro que a soberania do Estado e a política de não-ingerência se converteram nos princípios dominantes e mais relevantes deste período⁶.

Até à I e II Guerra Mundial e ao fracasso da Liga das Nações e do Tribunal Permanente de Justiça Internacional, a proteção dos Direitos Humanos ou não faziam parte do debate no espectro internacional ou tinham um papel mínimo, quase não existente. De facto, foram as atrocidades e horrores cometidos durante as grandes guerras, onde se verificou um desrespeito generalizado pela sacralidade da vida humana, os principais fatores a provocar uma mudança na perceção do Mundo e no conceito outrora inviolável de soberania Estatal.

Tornou-se evidente para todos que era necessário criar um Sistema Internacional adequado, capaz de manter a paz internacional e de proteger os Direitos Humanos. Neste sentido, as potências vitoriosas, sob a égide das Nações Unidas, adotaram uma estratégia comum baseada em duas premissas fundamentais;

(I) o desenvolvimento do Direito Penal Internacional a fim de julgar e punir os criminosos de guerra;

from Absolutism to Capitalism, in *European Journal of International Relations*, SAGE Publications and ECPR, Volume 8, pp. 5-48

⁶ BIRIK, Shamsa (2011). "How Emergence of Human Rights System has affected application of International Law". Kenya: United States International University – Africa.

(2) o estabelecimento de um conjunto de Princípios Gerais sobre os Direitos Humanos;

Estes dois princípios tornaram-se a base do primeiro Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos, edificado inicialmente pelo Conselho das Nações Unidas, abrangendo todos os Estados-Membros desta organização. A promoção e a proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais tornaram-se num dos principais objetivos da Organização das Nações Unidas (ONU), tal como definido na sua Carta.

Verifica-se que, neste sentido, e desde a adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos a 10 de dezembro de 1948, as Nações Unidas têm desenvolvido uma ampla gama de padrões e normas internacionais de Direitos Humanos, bem como mecanismos para os promover e proteger⁷.

De uma forma geral poderá dizer-se que existem dois tipos distintos de mecanismos de proteção e defesa dos Direitos Humanos: os vinculativos e os não vinculativos. Entre os primeiros contam-se os tratados, categoria na qual se incluem terminologicamente os acordos, protocolos, pactos, contratos e convenções, são mecanismos de carácter vinculativo uma vez que traduzem a disposição das Partes a assumir obrigações entre si, sendo que qualquer Parte que não consiga agir de acordo com as suas obrigações será, ou deverá ser, perentoriamente responsabilizada pelo Direito Internacional⁸. Já as declarações, diretrizes, regras, e recomendações são instrumentos não vinculativos que, apesar de não serem juridicamente vinculativos, têm uma força moral inegável.

Neste contexto, é de extrema importância realçar o papel dos mecanismos regionais adotados pelas Organizações Regionais na promulgação do Direito Internacional. Nas quais se incluem, a título de exemplo:

- A Organização dos Estados Africanos;
- A União Africana;
- A União Europeia.

Estas últimas são, simultaneamente, organizações internacionais na medida em que incorporam uma adesão de nível internacional e englobam entidades geopolíticas segundo as quais, pelo menos operacionalmente, transcendem um

⁷ UNITED NATIONS (2008). "The United Nations Human Rights System: How to Make it Work for You". Published by 'The United Nations Non-Governmental Liaison Service'. Pp.1

⁸ Ibidem.

único Estado. No entanto, a possibilidade de adesão a estas organizações é caracterizada quer por fronteiras e demarcações características de uma geografia definida e única, como continentes, quer por condições geopolíticas, tais como blocos económicos. Estas organizações, como se tornará claro, foram criadas para promover a cooperação e integração política e económica ou o diálogo entre os Estados e outros atores do Sistema Internacional dentro de um limite geográfico ou geopolítico restritivo⁹.

Relativamente à relação das Organizações Regionais com instituições Multilaterais como será o caso das Nações Unidas, é importante reter que, embora o artigo 24.º do capítulo V da Carta das Nações Unidas claramente atribua a responsabilidade primária pela manutenção da paz e segurança internacionais ao Conselho de Segurança, prevê, também, um papel ímpar para as organizações regionais, assim como para os arranjos da manutenção da paz e segurança nas suas respetivas regiões de ação. O artigo 33.º (I), no capítulo VI, estipula que as Partes numa controvérsia que coloquem em perigo a paz e a segurança internacionais devem, em primeiro lugar, procurar uma solução através do recurso a entidades ou arranjos regionais, ou através de outros meios pacíficos escolhidos por si. Assim sendo, os Estados são convidados a fazer todos os esforços para chegar a uma solução pacífica no que diz respeito às controvérsias locais por meio dos acordos ou agências regionais aos quais pertencem, antes de as submeter ao Conselho de Segurança¹⁰. Por este motivo, as organizações regionais e as Nações Unidas são muitas vezes referidas como “*Partners in Peace*”. Este aspeto é especialmente notável no que diz respeito aos Direitos Humanos, uma vez que as organizações regionais mencionadas anteriormente têm o seu próprio regime de Direitos Humanos, o qual inclui, entre outros mecanismos, um Tribunal Regional.

No caso da Europa, este aspeto é ainda mais paradigmático no sentido em que, sendo a única organização regional com estatuto de observador nas Nações Unidas e a primeira a criar mecanismos regionais de proteção dos Direitos Humanos, acaba por se tornar numa espécie de modelo para outras organizações regionais e, ao mesmo tempo, no derradeiro teste à eficiência dos mecanismos de proteção dos Direitos Humanos, quer ao nível local quer ao nível global.

⁹ Ibidem.

¹⁰ UNITED NATIONS (1995). *Cooperation with Regional Organizations*, Part of the Annual Report of the Secretary-General on the work of the Organization – Ch. 4.

Assim sendo, a análise do funcionamento do Direito Europeu, em especial na dimensão da proteção dos Direitos Humanos, acaba por ser de extrema importância para a aferição da relevância dos mecanismos regionais, dos quais se destacam, a nível Europeu os seguintes:

1 - Organização de Segurança e Cooperação na Europa (OSCE), criada em Helsínquia em 1975 e abrangendo 57 estados (incluindo os Estados Unidos e Canadá), com sede em Viena e Varsóvia;

2- União Europeia, criada originalmente em 1953 e agora com 28 Estados-membros, com sede em Bruxelas, e

3 - O Conselho da Europa criado, em 1949, agora 47 Estados sob o qual opera o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), com sede em Estrasburgo.

I.2 SOBERANIA *VERSUS* DIREITOS HUMANOS

I.2.1 A Soberania na Ordem Internacional

O princípio da não-ingerência e da igualdade entre os Estados prende-se muito com a ideia de soberania. Inicialmente, o Estado era definido como o único sujeito de Direito Internacional, sendo a soberania o elemento do Estado que reveste esta entidade de legitimidade para garantir exterior e interiormente a paz e a segurança pública dos seus cidadãos.

Os critérios jurídicos que definem o Estado como entidade dotada apoiam-se nos seguintes requisitos:

- 1- População permanente;
- 2- Território definido;
- 3- Poder Político;
- 4- Capacidade para estabelecer relações com outros Estados¹¹.

Estes critérios não são estáticos na doutrina, uma vez que estas condições não são necessariamente imperativas. No entanto, a população e a própria Nação estão

¹¹ Referência mencionada por BROWNLIE, Ian (1997). *Princípios de Direito Internacional Público*. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian.

intimamente ligada com a delimitação de um território e identifica-se com este, denotando uma comunidade estável que se submete ao controlo e jurisdição de um poder político. A capacidade de estabelecer relações com outros Estados e a observância do Direito Internacional são poderes que advêm da sua soberania¹².

O Estado é uma autoridade delimitada por um território, com capacidade efetiva de exercício pleno dos seus poderes de soberania, nomeadamente para estabelecer ligações com os diferentes atores na cena internacional, e ao nível interno, permite-lhe estabelecer a sua jurisdição interna, criando normas de conduta dos seus cidadãos sem interferência externa de outros sujeitos e respeitando a ordem jurídica internacional. A este nível, a capacidade de se autogovernar (autonomia), em conjunto com a faculdade ser sujeito ativo nas relações internacionais, mantendo as suas relações diplomáticas, resulta na interdependência da sua ação.

Também o Estado comporta obrigações que derivam da sua capacidade soberana, nomeadamente as exigências da Comunidade Internacional, introduzidas por múltiplos instrumentos de Direito Internacional: o direito à integridade e à inviolabilidade da pessoa¹³. Estas competências deram lugar a uma regulamentação que é cada vez mais interventiva na proteção dos Direitos Humanos.

O princípio da soberania é regra nas ações da ONU e aparece destacado na Carta das Nações Unidas no seu artigo 2.º, 1.º parágrafo. A Comunidade Internacional é, nesta medida, formada por Estados iguais na sua forma, detentores de soberania que lhes permite atuar interna e externamente, no combate à proteção dos seus nacionais e promoção das suas relações internacionais. Os Estados atuam independentes, embora se obriguem a respeitar as limitações que o Direito Internacional impõe às suas liberdades, denotando-se uma clara submissão dos Estados à ordem jurídica internacional.

A liberdade permite que o Estado faça tudo o que não lhe é proibido à luz do Direito Internacional até ao limite imposto pelas normas¹⁴. O princípio da liberdade verifica-se no exercício livre de regulação da jurisdição interna e na resolução de

¹² BROWNLEE, Ian (1997). *Princípios de Direito Internacional Público*. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian. Pp. 121

¹³ BAPTISTA, Eduardo Correia (2004). *Direito Internacional Público, Sujeitos e Responsabilidade*, volume II, Lisboa, Almedina. Pp. 20-21

¹⁴ Ibidem.

assuntos internos de cada Estado. Ou seja, o Estado limita-se à lei, fora da interferência da Comunidade Internacional¹⁵.

Em prol da coexistência pacífica entre todos os sujeitos de Direito Internacional, existem princípios que limitam as suas ações ditas livres, nomeadamente a exigência de submissão dos Estados ao Direito Internacional, pois apenas em virtude destes podem exercer em pleno as capacidades de que é dotado. A proibição da ingerência nos assuntos internos de outros Estados e a proibição do uso da força que permite a garantia do exercício das competências do Estado sem qualquer tipo de interferência de terceiros¹⁶.

Quando falamos em deveres humanitários, os Estados têm necessariamente de se relacionar segundo uma convivência pacífica. A subordinação dos Estados através da proibição do uso da força resulta na cooperação pacífica e consequentemente em vitórias no âmbito da ajuda humanitária. Neste contexto, a soberania estatal está subordinada ao Direito Internacional e aos valores transnacionais, procurando o respeito pela dignidade da pessoa humana. As normas internacionais que gerem os Direitos Humanos têm uma dimensão universal e inalienável, ou seja, as normas internas dos Estados jamais podem negar a superioridade dos Direitos Humanos, pois é um princípio seguido pela Comunidade Internacional, cuja fundamentação se encontra na Declaração Universal dos Direitos do Homem¹⁷.

A Comunidade Internacional acaba por ter fronteiras cada vez mais ténues. As situações vão sendo cada vez mais descentralizadas, acabando por estar sempre mais do que um Estado envolvido e em que o próprio ordenamento interno acaba por sofrer alterações, na medida em que interesses supranacionais acabam por vincular os Estados independentemente do seu consentimento¹⁸. Neste caso, acaba por haver uma reestruturação forçada e a sua soberania acaba por estar sujeita a situações que ultrapassam as capacidades do Estado para fazer valer as suas competências.

1.2.2 Direito de Jurisdição dos Estados na Ordem Internacional

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ Ver Resolução 2131 XX, de 21/12/1965 – Assembleia Geral das Nações Unidas e Resolução 2625 XXV, de 24/10/1970 – Declaração sobre os princípios de Direito Internacional relativamente às relações amigáveis e de cooperação entre os Estados.

¹⁷ OTERO, Paulo (2003). *Legalidade e Administração Pública*, Coimbra, Almedina. Pp. 588

¹⁸ Ibidem.

Do conceito de soberania estatal pressupõe-se que, enquanto Estado internacionalmente aceite como supremo, não há qualquer intervenção de terceiros nos seus assuntos internos. Permite estabelecer ou delimitar a área geográfica em que o Estado exerce o seu poder como soberano. No entanto, existem exceções ao princípio da territorialidade, nomeadamente o da regra da imunidade, ou seja, a não aplicação da jurisdição sobre um estrangeiro num Estado recetor.

O princípio da nacionalidade é também uma característica da soberania, ou seja, a jurisdição é concedida em função da nacionalidade dos autores das condutas em Estados terceiros. Com menor aplicabilidade na prática de jurisdição extraterritorial, surgem-se os atos cometidos por estrangeiros, em território estrangeiro, contra um nacional. Existem inúmeros casos de violação de Direitos Humanos noutros países, em que estão envolvidas vítimas com diversas nacionalidades estrangeiras. Neste caso, a impotência do Estado de cada vítima, torna-se evidente.

A universalidade torna-se aqui imperativo como sendo o princípio que fundamenta, de facto, a aplicação da jurisdição. Este permite aos Estados aplicarem a sua jurisdição sobre atos praticados por estrangeiros, em que os atos sejam de natureza criminosa ao nível internacional¹⁹.

A jurisdição internacional é claramente legítima perante crimes de guerra e crimes contra a Humanidade, nomeadamente atos de genocídio²⁰. Estes atos encontram-se previstos pelo Direito Internacional nas Convenções de Genebra²¹, cuja letra consagra os valores e princípios a seguir pelos Estados em favor dos seus cidadãos, justificando a sua intervenção.

A jurisdição de Direito Internacional concretiza-se em regras que estipulam quando o Estado pode ou não abdicar de certos tipos de atos. Os princípios da territorialidade, da nacionalidade e da universalidade fundamentam as regras de ação. Contudo, estes princípios não são absolutos, ou seja, apenas constituem uma

¹⁹ BROWNLEE, Ian (1997). *Princípios de Direito Internacional Público*. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian. Pp. 325 e seguintes.

²⁰ Opinião de Christine Van Der Wyngaert no caso *Arrest Warrant*, de 11 de Abril de 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium). Tribunal Internacional de Justiça.

²¹ As quatro Convenções de Genebra de 1949 e Protocolo Adicional I de 1977 preveem o regime de jurisdição universal para situações de conflito armado internacional. (consultar em: <http://www.gddc.pt>)

autorização reconhecida pelo Direito Internacional para a ação dos Estados, embora haja exceções, nomeadamente as imunidades a tratar no capítulo seguinte.

A noção de imunidade depende conceptualmente da existência de jurisdição. No entanto, a regra é o Estado ponderar a sua ação, aplicando as suas normas internas e competências jurisdicionais, num caso que envolve a acusação de sujeitos estrangeiros.

Com a mutação constante dos valores no Direito Internacional adjacente à transformação dos sujeitos que a ele estão submissos, a discussão gerou-se em torno do que eram atos do Estado realizados no exercício das suas competências soberanas²², foi colocando em causa a pertinência e a justificação de alguns atos como exercidas na esfera das funções do Estado.

I.2.3 Estado e Direitos Humanos

Hoje em dia, o direito internacional define não só responsabilidades legais dos Estados na sua interação com outros Estados, mas também estabelece limites à forma como os Estados agem para com os indivíduos estabelecidos no seu território, na proteção dos Direitos Humanos e da segurança do indivíduo.

O cumprimento de todas estas prerrogativas pelos Estados continua a ser um desafio fundamental para o Direito Internacional na criação de normas sancionatórias, aplicáveis na ausência do seu cumprimento. O único órgão que tem competências que permitem impor sanções económicas, políticas e até mesmo militares é o Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas, através das regras estabelecidas tratados internacionais ou através de normas de aplicação direta. Contudo, este mecanismo exige a unanimidade dos cinco membros permanentes, cinco Estados com interesses e agendas políticas distintas que entram em conflito, o que pode resultar em sanções politicamente orientadas. Assim, o direito internacional pode depender, em várias circunstâncias, da vontade dos Estados e da maneira como lidam com os seus princípios gerais e objetivos políticos, alicerçados a disposições e regulamentos internos.

Como observado por Henkin, *“o Estado só pode ser persuadido a honrar as suas obrigações internacionais, uma vez que não é possível aplicar eficazmente o direito*

²² BAPTISTA, Eduardo Correia (2004). *Direito Internacional Público, Sujeitos e Responsabilidade*, volume II, Lisboa, Almedina. Pp. 146

internacional²³”. O problema da aplicabilidade também foi descrito por Goldsmith e Levinson,

“International law lacks a centralized and hierarchical lawmaker akin to the legislature inside a state to specify authoritative sources of law and the mechanisms of legal change and reconciliation. It also lacks centralized and hierarchical judicial institutions to resolve the resulting legal uncertainty. As a result, its norms are imprecise, contested, internally contradictory, overlapping, and subject to multiple interpretations and claims.”²⁴

David Held cita Callières (1716) no seu estudo sobre diplomacia na Europa: *“no considerable change can take place in any one of them without affecting the condition, or disturbing the peace, of all the others”*²⁵, referência que permanece atual, num contexto de globalização e de crescente interdependência entre Estados.

O princípio da soberania reconhecido pela Paz de Vestefália, que consiste na liberdade de cada Nação de ingerências no seu território e nos seus assuntos internos, estabeleceu o sistema de Estados Modernos, baseado numa organização política que não só protege o Estado contra a intervenção de outro Estado, mas sobretudo porque permite a localização da responsabilidade para a proteção das pessoas e para o exercício de governança dentro de um determinado território²⁶. Nas palavras de David Held, soberania é *“the supreme normative principle’ of the political organization of human kind”*²⁷. Esta forma de organização política é extremamente importante, não só porque protege um Estado mas também os indivíduos.

Considerado o pai do moderno conceito de soberania por Goldsmith e Levinson, Jean Bodin observou que as regras constitucionais e um regime internacional de leis, limitaria a soberania do Estado²⁸. Segundo outros autores, a II

²³ HENKIN, Louis (1994). *Human Rights and State “Sovereignty”*, University of Georgia Law School, adapted from the John, A. Sibley Lecture. Pp. 33

²⁴ GOLDSMITH, Jack; LEVINSON, Daryl (2009). Law for states: International law, constitutional law, public law, *Harvard Law Review Association*, Volume 122, n.º 7. Pp. 1796. Disponível em: http://195sio3cgwr519n16t44azrb2yn.wpengine.netdna-cdn.com/wp-content/uploads/pdfs/goldsmith_levinson.pdf

²⁵ HELD, David (1991). *Political Theory Today*, Stanford University Press. Pp. 205

²⁶ WEISS, Thomas (2004). The sunset of humanitarian intervention? The responsibility to Protect in a Unipolar Era, *Security Dialogue*, SAGE. Pp. 138

²⁷ Ibidem.

²⁸ GOLDSMITH, Jack; LEVINSON, Daryl (2009). Law for states: International law, constitutional law, public law, *Harvard Law Review Association*, Volume 122, n.º 7. Pp. 1796.

Guerra Mundial desencadeou um movimento em torno de valores humanos, pois, depois de mais de 70 milhões de mortes reconheceu-se que interferir numa "entidade estatal, antes impermeável"²⁹ seria aceitável, a fim de evitar tais terrores. A partir daqui o tradicional conceito de soberania mudou para uma compreensão moderna da "soberania do povo, ao invés de soberania do Estado"³⁰. O enorme custo humanitário da II Guerra Mundial estabeleceu um forte compromisso para com a Humanidade, a fim de garantir que nunca mais as pessoas seriam objeto desses crimes terríveis. Desde então, a legitimidade do soberano depende não só das disposições da sua constituição, mas também na sua conformidade com Direitos Humanos.

Neste sentido, a soberania do Estado é tão legítima como a extensão da sua conformidade com os princípios universais de Direitos Humanos. A soberania tornou-se mais do que um atributo fundamental do Estado, mas uma responsabilidade para com a Humanidade. Hoje em dia, o fim de ser um soberano não deve apenas possuir território, a autoridade e a população, mas também o respeito pelos Direitos Humanos. De acordo com Thomas Weiss, a importância da soberania é, hoje em dia muito prática, consequência não de princípios de não-interferência, mas de uma "realidade prática em que as autoridades nacionais melhor se posicionam para proteger os direitos fundamentais"³¹. Heywood³², por exemplo, argumenta que a tensão entre Direitos Humanos e o Estado tornou-se particularmente relevante desde os anos 90, devido ao crescimento das intervenções humanitária.

A intervenção no Iraque, em 1991, provou que a responsabilidade de proteger, por parte da comunidade internacional, só é real quando existe uma "convergência de interesses políticos dos jogadores chave envolvidos"³³. A ineficiência da ação contra violações dos Direitos Humanos demonstrou que "alguns conflitos interessam mais

²⁹ HENKIN, Louis (1994). *Human Rights and State "Sovereignty"*, University of Georgia Law School, adapted from the John, A. Sibley Lecture. Pp. 33

³⁰ REISMAN, W. Michael (1990). *Sovereignty and Human Rights in Contemporary International Law*, Faculty Scholarship Series, Yale Law School. Paper 872. Pp. 869 disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1866&context=fss_papers.

³¹ WEISS, Thomas (2004). The sunset of humanitarian intervention? The responsibility to Protect in a Unipolar Era, *Security Dialogue*, SAGE. Pp. 138.

³² HEYWOOD, Andrew (2011). *Global Politics*, Palgrave Macmillan, Palgrave Foundations Series.

³³ ROELLER, Gary G. (2003) *Refugees in contemporary international relations: reconciling state and individual sovereignty*. Working Paper No. 85, UNHCR – Evaluation and Policy Analysis Unit.

que outros”³⁴. Por exemplo, no caso de refugiados, a comunidade internacional continua a delegar a responsabilidade de proteção dos refugiados para o Alto Comissariado das Nações Unidas que, apesar de ser a única entidade capaz de providenciar proteção legal aos refugiados, pouco pode fazer para além de lhes prestar assistência na sua deslocação forçada. Não há dúvidas de que o seu papel é de extrema importância. No entanto, estes conflitos permanecem e promovem violações aos Direitos Humanos. Neste contexto, é possível concluir que existe “uma assimetria entre os direitos dos Estados e os direitos das pessoas”³⁵.

A não-intervenção nos assuntos internos de um Estado foi considerada uma condição essencial para manter a paz, numa época em que os conflitos internacionais decorriam, maioritariamente, de tensões e ingerências entre Estados. No entanto, como foi visto anteriormente, a natureza dos conflitos mudou profundamente e, hoje em dia, como afirmou Ledgerwood, “*violações aos Direitos Humanos continuam a persistir e os seus autores continuam a aclamar soberania nas políticas internas do seu Estado*”³⁶. Ora, se a soberania é a melhor política para a paz e se essa mesma soberania cria condições propícias a violações de Direitos Humanos, então, facilmente entendemos que a soberania e os Direitos Humanos seguem caminhos opostos. É importante relembrar, no entanto, que os Direitos Humanos são, hoje em dia, garantias jurídicas universais, transcendendo fronteiras e comunidades políticas. O próprio Kant, na sua obra Paz Perpétua, afirmou que “*a violação de um direito, numa parte do mundo, é sentida por todas*”³⁷ e assim os Direitos Humanos não podem ser deixados à mercê dos interesses de um Estado nessa matéria.

Caso específico do Direito à Vida

A vida humana é um bem anterior ao direito e a decisão de privar um ser humano da sua vida é sempre ilícita e imoral. O direito à vida é um Direito Humano, natural e prioritário, suporte dos demais direitos e bens. Existe um dever *erga-omnes* de respeitar a vida, no entanto, este é interpretado de diversas formas consoante as diversas culturas que o interpretam.

³⁴ Ibidem.

³⁵ Ibidem.

³⁶ Ibidem.

³⁷ BRAMWELL, Anna (1998). *Refugees in the age of total war*, Routledge. Pp.4

O documento pioneiro que consagra, de facto, o respeito efetivo pelos Direitos Humanos é a Carta das Nações Unidas, no artigo 1.º, parágrafo 3.º, alínea c). A Organização das Nações Unidas (ONU), a partir deste momento, comprometeu-se a promover os Direitos do Homem e as liberdades individuais, sem qualquer tipo de discriminação, cujo cumprimento pelos Estados resulta em relações harmoniosas entre as Nações. (artigo 55.º da Carta das Nações Unidas).

É com o surgimento das Nações Unidas e com a Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH), assim como com o Tribunal Internacional de Justiça que surgem como universais e interdependentes os grandes princípios norteadores do respeito pelo indivíduo e pela sua dignidade e comitadamente, instrumentos de atuação regional, inseridos em sistemas de integração regional como a Organização dos Estados Americanos (OEA), entre outros.

Os mecanismos de controlo utilizados pelos instrumentos internacionais universais de Direitos Humanos têm carácter não jurisdicional e muitas vezes não têm força vinculativa, ou seja, a soberania dos Estados é totalmente respeitada. Os mecanismos são: relatórios periódicos (artigo 40.º Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos - PIDCP), comunicações interestaduais (artigo 41.º PIDCP), Comunicações individuais (artigo 1.º do Protocolo adicional ao PIDCP), investigação confidencial e visitas periódicas (artigo 20.º da Convenção contra a tortura e Protocolo Facultativo, aprovado 2002, da mesma Convenção).

O Direito à vida está consagrado no artigo 3.º da DUDH de 1948 e no artigo. 6.º do PIDCP de 1996. Contudo, a DUDH reconhece apenas neste artigo (3.º) que cada indivíduo tem direito à vida, enquanto o PIDCP acrescenta que é um direito que "*deve ser protegido pela lei*". Como podemos observar, o direito à vida é de difícil alcance e principalmente de difícil proteção, na medida em que a DUDH, base de todos os instrumentos universais de Direitos Humanos, não passa de uma mera recomendação de direitos que, juridicamente, não tem carácter vinculativo. No entanto, os princípios nela consagrados são princípios gerais de direito e, para alguns autores, tais princípios têm força obrigatória para os Estados.

No que diz respeito à pena morte e à sua proteção em instrumentos internacionais, o PIDCP formaliza a temática no seu artigo 4.º, n.º2. O facto de este ordenamento ter incorporado a aplicação da pena de morte e apesar da sua aplicabilidade ter de estar prevista na lei, e ir de acordo com as demais disposições

do PIDCP e da Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio, apenas pode ser aplicada em cumprimento de uma sentença definitiva, conjugada com o pressuposto fundamental da garantia de um processo equitativo. Esta acaba por ser abolida pelo protocolo adicional n.º 2 ao PIDCP, embora formule algumas reservas em tempo de guerra (artigo n. 2º do mesmo protocolo). Os protocolos n.º 6 e n.º 13 adicionais à Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e Liberdades Fundamentais aboliram definitivamente a pena de morte.

O direito à vida foi consagrado na medida em que qualquer pessoa, independentemente das suas condições físicas e mentais, tem o direito a não ser morto nem privado da vida. É uma imposição aos Estados, que por sua vez, associado a esta imposição, surge o direito dos indivíduos exigirem dos próprios Estados as ações necessárias e adequadas à sua realização.

O artigo 6.º, n.º 2 do PIDCP permite apenas que a pena de morte seja imposta para os crimes mais graves. Outra salvaguarda diz respeito à proibição da imposição de sentenças de morte por crimes cometidos por pessoas de idade inferior a dezoito anos, assim como a mulheres grávidas. Para além disso, de acordo com o artigo 6.º, n.º 2 as sentenças de morte têm de seguir e fazer valer as disposições do Pacto, ou seja, as garantias de um processo justo têm de ser observadas durante todo o processo.

A pena de morte está rigorosamente disciplinada pelas normas internacionais de Direitos Humanos e, em Estados que ainda é permitida, limita-se aos crimes mais graves. A proibição do recurso à pena de morte está, internacionalmente, bastante protegida pelas inúmeras salvaguardas que se vão criando à jurisdição dos Estados, limitando cada vez mais a sua utilização, com o intuito de, futuramente, seja abolida na sua totalidade.

I.2.4 Conciliação dos Direitos Humanos com a Imunidade Estatal

Este capítulo irá focar-se essencialmente em atos de Estados, munidos do direito subjetivo de imunidade, que resultaram na violação de normas *ius cogens* de Direitos Internacional, normas que obrigam ao respeito por parte dos demais Estados, designadamente de Direitos Humanos, ao escolher essa conduta, o Estado acaba por renunciar o seu direito de imunidade, uma vez que viola uma regra *ius cogens*. As tentativas de se construir uma exceção à imunidade do Estado aquando

da violação de Direitos Humanos têm fracassado, mesmo com a crescente realização de fóruns nacionais a esse respeito³⁸.

Inicialmente, irei abordar a relevância das normas que gozam de carácter *ius cogens* ou obrigações que contradigam a aplicação da imunidade jurisdicional e que permitam aos Estados serem sancionados pelo exercício de certos atos que violem normas de Direito Internacional Direitos Humanos.

O direito à imunidade é uma garantia do Estado de controlo das suas fronteiras e relações externas que engrandece a sua soberania, contudo, violações de normas de direito internacional ultrapassam os domínios da fronteira nacional, colocando o Estado sujeito à jurisdição internacional e nalguns casos à jurisdição de um outro do Estado.

A imunidade estatal está associada ao princípio da territorialidade, uma vez que este princípio constitui um elemento essencial para a afirmação do Estado como entidade soberana. No entanto, a imunidade estatal não é absoluta e pode ser renunciada, e é suscetível de imposição de limites às suas ações.

Um Estado por intermédio dos seus próprios atos e por vinha dos seus representantes, quando devidamente autorizado, pode entrar no território de outro Estado, e assim com legitimidade, de forma oficial³⁹. Contudo, o Estado recetor pode recorrer à força necessária para impedir ou pôr fim aos excessos, ou ações de violem o Direito Internacional.

No caso da violação a uma norma internacional é discutível a invocação da imunidade estatal⁴⁰. Contudo, muitas vezes os tribunais são imponentes no que diz respeito à imposição de sanções aos Estados que invocam o princípio da não-ingerência nos assuntos internos. O reconhecimento dos limites da competência de um Estados soberano responsável pelas políticas públicas e regras de conduta internas para o exercício da sua jurisdição sobre outro, rege-se por critérios como o da independência e a igualdade entre Estados.

Os Estados aplicam a sua jurisdição atuando conforme a sua natureza e os seus propósitos públicos (atos de império) no âmbito da sua soberania, no entanto, a Comunidade Internacional é confrontada com litígios, onde estão em causa, em

³⁸ BROHMER, Jurgén (1997). *State Immunity and the violation of human rights*, The Hague, Kluwer Law International. Pp. 84

³⁹ Convenção de Viena sobre as Relações Diplomáticas de 1961, artigo 2.º.

⁴⁰ BROWNLEE, Ian (1997). *Princípios de Direito Internacional Público*. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian. Pp. 348

muitos deles, a grave violação de Direitos Humanos. O Estado como ator na cena internacional incorre contra o sistema internacional de proteção dos Direitos Humanos ao cometer ou provocar violações às normas *ius cogens*. Mesmo que em posição de autoridade, põe em causa a sua imunidade plena.

A partir do momento em que o indivíduo surge como sujeito de direito internacional, conseqüentemente surgem restrições à imunidade de jurisdição estatal, e conseqüentemente à soberania das suas ações no que diz respeito ao indivíduo.

Atualmente, a maioria dos Estados integra um elevado número de estrangeiros na sua população, aumentando a necessidade do rigor e funcionamento dos tratados e alguns acordos com Estados estrangeiros. Neste momento, o Mundo assume-se como uma aldeia global, onde a proteção dos Direitos Humanos é facilitada através de uma rede de comunicação internacional, em que os interesses do próprio indivíduo acabam por predominar na Comunidade Internacional.⁴¹

A questão que se levanta prende-se com o facto do direito da imunidade estatal, nos dias de hoje, bloquear a atuação dos tribunais nacionais e internacionais, nos casos de violação do ordenamento jurídico internacional.

O direito de imunidade de jurisdição estadual pode ser invocado em circunstâncias em que o Estado infringiu normas de direito interno de um Estado estrangeiro⁴². O princípio de não intervenção que rege o direito de imunidade estatal, pode incentivar o Estado a cometer certas violações, na medida em que está protegido pelo Direito e pela possibilidade de ser invocado.

Hierarquizar normas de Direitos Humanos numa matriz universalmente aceite na ordem internacional, seria uma proposta baseada na ponderação entre a imunidade protegida e a conduta não imune⁴³, e relacionada com a natureza e com os danos provocados pela violação de Direitos Humanos. A soberania não inclui o direito de violar a dignidade do indivíduo, como tal, é obrigação dos Estados não violarem os Direitos Humanos. Neste contexto, o Estado tem a livre escolha entre não violar ou não abdicar da sua soberania⁴⁴.

⁴¹ Ibidem.

⁴² BROHMER, Jurgen (1997). *State Immunity and the violation of human rights*, The Hague, Kluwer Law International. Pp. 3

⁴³ Ibidem. Pp. 204-205

⁴⁴ Ibidem. Pp. 199.

Os Direitos Humanos não podem depender das ações e atitudes dos Estados no cumprimento dos instrumentos convencionais que consagram esses direitos. Por exemplo, o princípio da reciprocidade pode legitimar uma atitude de incumprimento de uma norma internacional por parte de um Estado, em resposta ao não cumprimento da mesma norma por outro Estado. O artigo 60.º, n.º 5 da Convenção de Viena sobre o Direitos dos Tratados (CVDT) de 1969 assim o consagra, excluindo a possibilidade de cessação de vigência ou suspensão de um tratado quando estão em causa Direitos Humanos. Ou seja, a violação substancial por uma das Partes, autoriza a outra Parte a invocar *“a violação como motivo para fazer cessar a vigência de um tratado ou suspender a sua aplicação no todo ou em parte”* (artigo 60.º, n.º 1), sendo que esta disposição *“não se aplica às disposições relativas à proteção da pessoa humana contidas nos tratados de natureza humanitária”*.

Existem órgãos que reconhecem a especificidade dos Direitos Humanos e a sua relevância no Direito Internacional, nomeadamente o TIJ⁴⁵, o TEDH⁴⁶, o Tribunal Interamericano de Direitos humanos⁴⁷ e o Comité de Direitos Humanos das Nações Unidas⁴⁸.

Até à II Guerra Mundial o Direito Internacional confiava a proteção do indivíduo em exclusivo ao Estado de que é nacional. Contudo, já antes, existia a preocupação com o ser humano, nomeadamente através do sistema de capitulações⁴⁹, proteção diplomática e intervenções humanitárias⁵⁰. É pelo aparelho do Estado de que o indivíduo é nacional e pela sua característica soberana do Estado, que a proteção do ser humano é assegurada.

A ideia do princípio da não-ingerência nos assuntos internos previsto no artigo 2.º, n.º 7, da Carta das Nações Unidas, assume-se contrária à responsabilidade coletiva dos Estados exigida aquando da proteção de Direitos Humanos. O Direito Internacional prevê este princípio, contudo, em termos de Direito Internacional dos Direitos Humanos este é posto em causa, na medida em

⁴⁵ Parecer sobre as consequências jurídicas para os Estados da presença da África do Sul na Namíbia, 21 de Junho de 1971.

⁴⁶ Acórdão de 18/01/1978, Irlanda versus Reino Unido.

⁴⁷ Parecer OC-2/82, de 24 de Setembro de 1992, Efeitos das reservas sobre a entrada em vigor da CADH, série A, n.º 2. Disponível no site <http://www.oea.org>.

⁴⁸ Comentário Geral n.º 24, de 2 de Novembro de 1994, sobre as questões relativas às reservas. Disponível em: <http://www.gddc.pt>.

⁴⁹ Segundo este sistema, o nacional no estrangeiro permanece submetido ao Direito do seu Estado de origem.

⁵⁰ MARTINS, Ana Maria Guerra (2014). *Direito Internacional dos Direitos Humanos*, Lisboa, Almedina. Pp. 89

que o Direito Internacional se baseia na vontade e na soberania dos Estados, deixando a proteção dos indivíduos à quem do exigido. Este princípio não representou um obstáculo à condenação de violações de Direitos Humanos pelo colonialismo ou pelo apartheid, por exemplo, no entanto, em casos como o do Camboja ou do Irão invocou-se o princípio da soberania e da não ingerência nos assuntos internos para justificar a não intervenção das Nações Unidas em defesa dos Direitos Humanos.

Considerar normas *jus cogens* no Direito Internacional dos Direitos Humanos implica uma hierarquia de normas que não existe pela indivisibilidade e não hierarquização de Direitos Humanos. Contrariamente a este argumento, vários autores consideram que todos os instrumentos convencionais gerais de Direitos Humanos, fazem todos parte do *jus cogens*⁵¹.

A perspetiva universalista do Direito Internacional dos Direitos Humanos prende-se com o valor fundamental da dignidade inerente à pessoa humana e do ser humano como detentor de direitos pelo simples facto de o ser. Contrariamente à perspetiva universalista, regras que regem práticas em que envolvem Direitos Humanos diferem consoante o espaço, pois a noção da própria terminologia está dependente de fatores como o ambiente cultural⁵². A proteção da pessoa humana apenas pode ser assegurada num plano de relações interestaduais, feito para e pelos Estados.

⁵¹ PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto (1994) *Manual de Direito Internacional Público*, Coimbra, Almedina. Pp. 282 e BAPTISTA, Eduardo Correia. (1997). *Jus Cogens em Direito Internacional*, Lisboa, Almedina. Pp. 396

⁵² Relativamente a conceção relativistas de Direitos Humanos ver Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos.

CAPÍTULO II

SISTEMAS DE PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS

II.1 INTERNACIONAL: ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS

A criação da Organização das Nações Unidas (ONU) em 1945 na Conferência de São Francisco incluiu, entre os seus objetivos, a promoção e observância dos Direitos Humanos, incentivando os Estados a colaborar neste sentido.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH) constitui o pilar fundador de um sistema internacional de proteção dos Direitos Humanos, caracterizada pelos autores *“como ideal comum a atingir por todos os povos e todas as nações”*. Num Mundo de destroços, após um conflito à escala mundial causador de destruição sem precedentes, a comunidade internacional tomou como prioridade adotar uma declaração de Direitos Humanos, que afirmasse *“o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienável, que constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”*. Lembraram ainda que *“o desconhecimento e o desprezo dos direitos do Homem conduziram a atos de barbárie que revoltam a consciência da Humanidade”*, e que considerasse essencial *“a proteção dos direitos do Homem através de um regime de direitos, para que o Homem não seja compelido, em supremo recurso, à revolta contra a tirania e a opressão”*.

Os Direitos Humanos são, antes de mais, condições de justiça mas também de paz social e, como tal, um elemento indispensável à manutenção da paz e da segurança, ao nível nacional e internacional⁵³. Em tempos de crise é essencial garantir que as violações de Direitos Humanos, sejam elas inseridas nos direitos civis e políticos (como o direito à vida ou liberdade de expressão), ou nos direitos económicos, sociais e culturais (como os direitos à alimentação e à saúde), não contribuam para a instabilidade e para o conflito mas sim que preservem e promovam a necessária coesão social e o desenvolvimento humano e económico sustentável⁵⁴.

⁵³ TAVARES, Raquel (2011) *Direitos Humanos. De onde vêm, o que são e para que servem*, Lisboa, Imprensa Nacional Casa da Moeda.

⁵⁴ Ibidem.

Foram demasiadas as vezes que o sistema das Nações Unidas não permitiu a mobilização de todas as suas ferramentas para proteger populações de violações graves de Direitos Humanos. Exemplo disso foi a resposta inadequada da ONU no Sri Lanka em 2009 durante a Guerra Civil, em que o país foi acusado de violar o Direito Internacional Humanitário durante as etapas finais do conflito. As alegações apontaram para o flagrante desrespeito pelos Direitos Humanos, bem-estar e vidas dos civis por parte das forças do governo que conduziram as operações militares.

Como resposta à revisão das ações da ONU sobre a implementação dos seus mandatos humanitários e de proteção dos Direitos Humanos durante a guerra no Sri Lanka, especialmente nas últimas fases do conflito, estabeleceu-se um mecanismo internacional independente, com o objetivo principal de garantir uma ação rápida e eficaz do sistema da ONU, respondendo a violações de Direitos Humanos ou Direito Internacional Humanitário (caso seja em contexto de conflito armado) em larga escala: A Frente de Direitos Humanos. A sua criação seguia a concretização de três objetivos específicos: transformar a cultura dentro da organização, fazer alterações operacionais, nomeadamente colocar como prioridade a proteção dos Direitos Humanos, e capacitar os funcionários para a persecução dos dois objetivos anteriores.

O apoio de todos os Estados é essencial na confrontação de questões difíceis de política que possam surgir, a par da necessidade de estreita cooperação com atores da ONU ao nível local a trabalhar para a proteção e consciencialização dos Direitos Humanos⁵⁵, colmatando problemas de ação, nomeadamente na coordenação precoce de alertas e de respostas a crises.

A Carta das Nações Unidas contribuiu para a consciencialização de que a proteção dos Direitos Humanos é um mecanismo importante para assegurar a paz mundial. Este instrumento jurídico refere-se aos Direitos Humanos em sete preceitos: parágrafo 3.º do preâmbulo; artigo 1.º, n.º3; artigos 55.º e 56.º; artigo 76.º alínea c); artigo 13.º, n.º 1, alínea b); artigo 62.º, n.ºs 2 e 3 e artigo 68.º.

Existem dois tipos de órgãos distintos que compõem a ONU e que levam a cabo ações de proteção de Direitos Humanos: os órgãos cuja legitimidade deriva das

⁵⁵ Global Public Policy Institute (2015). "With Courage and Coherence" *The Human Rights up Front Initiative of United Nations*. Policy Paper. Disponível em: http://www.gppi.net/fileadmin/user_upload/media/pub/2015/Kurtz_2015_Courage_and_Coherence_UN_Human_Rights.pdf

disposições previstas na Carta, e os órgãos (comités) de controlo da aplicação das disposições, criados pelos principais tratados. Existem outras entidades que, apesar não fazerem parte da estrutura da ONU, integram o seu sistema de proteção de Direitos Humanos das Nações Unidas, Tribunal Penal Internacional.

O sistema de proteção internacional dos Direitos Humanos das Nações Unidas é caracterizado como um sistema de cooperação intergovernamental. O direito costumeiro, o direito convencional e as decisões da própria organização constituem a multiplicidade de fontes característica deste sistema, com um objetivo claro e comum a todas as fontes: a proteção dos direitos inerentes à dignidade da pessoa humana⁵⁶. Neste domínio, a Assembleia Geral assume um papel fundamental, uma vez que a maior parte das convenções universais dos Direitos Humanos foram precedidas de resoluções deste órgão.

A possibilidade de criar órgãos subsidiários fez erguer o Conselho de Direitos Humanos. Este órgão realiza debates, adota resoluções e decisões sobre questões e situações em que estão em causa Direitos Humanos. Geralmente, é por sua iniciativa que são elaborados novos instrumentos internacionais⁵⁷. Criado através da resolução n.º 60/251, de 15 de março de 2006, foi considerado como o substituto da extinta Comissão de Direitos Humanos (órgão responsável pela Declaração Universal dos Direitos do Homem).

O Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos é outro órgão consagrado pela Carta. Criado pela resolução n.º 48/141 da Assembleia Geral, visa desenvolver uma cooperação estreita com os governos e outros agentes da sociedade civil, e prestar apoio especializado ao Conselho de Direitos Humanos. Tem um papel importante na aplicação de Direitos Humanos, nomeadamente em operações de manutenção da paz.

A falta de definição do conceito de Direitos Humanos, com a ausência da delimitação da extensão da proteção de Direitos Humanos, e com a inexistência da identificação do conteúdo de cada direito, e mecanismos para a sua implementação e

⁵⁶ MARTINS, Ana Maria Guerra (2014). *Direito Internacional dos Direitos Humanos*, Lisboa, Almedina. Pp. 121

⁵⁷ TAVARES, Raquel (2011) *Direitos Humanos. De onde vêm, o que são e para que servem*, Lisboa, Imprensa Nacional Casa da Moeda. Pp. 74

garantia⁵⁸ são algumas dificuldades com que o sistema de proteção de Direitos Humanos se confronta, tornando a sua ação, nalgumas situações, pouco eficaz. Com a aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos e de outros instrumentos internacionais, algumas destas falhas foram sendo aperfeiçoadas e na maior parte dos casos, ultrapassadas. De todo o modo, a Carta não conferia grau de imperatividade e de obrigatoriedade uniforme a todas as suas disposições, uma vez que, à época, muitos Estados não estavam política e estruturalmente preparados para assumirem esta responsabilidade e nível de extensão de proteção de Direitos Humanos, nomeadamente a União Soviética (com a existência dos *gulags*), os Estados Unidos da América (leis de discriminação racial) e a França e o Reino Unido (detinham colónias)⁵⁹.

Desde a proclamação da DUDH que as Nações Unidas têm vindo a criar instrumentos de proteção de Direitos Humanos, desenvolvendo atividades de controlo na aplicação e monitorização das normas consagradas nessa matéria. Atividades de cooperação com Estados e entidades, assim como a criação de comités de peritos e outros órgãos que acompanham regularmente essas questões, agilizam as ações das Nações Unidas em matéria de Direitos Humanos⁶⁰.

O PIDCP contém todos os direitos consagrados nos artigos 3.º a 21.º da DUDH. O PIDCP é um instrumento mais detalhado nalgumas matérias, abrangidas pela DUDH, exemplo disso é o escrito no artigo 10.º, que exige que expressamente que no tratamento do recluso sejam garantidos todos os seus direitos, estabelecendo a “*obrigação da separação dos reclusos por categorias*”. No que diz respeito às garantias aplicáveis no âmbito da administração da justiça, consagra o direito do recluso a um julgamento justo, nomeadamente o direito do indivíduo ser informado das razões da detenção e o direito de comparecerem perante um juiz. O artigo 14.º do PIDCP, por exemplo, estabelece o direito a serem informados das acusações, o direito de dispor do tempo e dos meios necessários para a persecução de um processo justo, respeitando todas as disposições do Direito Internacional em matéria de Direitos Humanos.

⁵⁸ MARTINS, Ana Maria Guerra (2014). *Direito Internacional dos Direitos Humanos*, Lisboa, Almedina. Pp.124

⁵⁹ Ibidem.

⁶⁰ Ibidem.

O PIDCP tem dois protocolos facultativos: o primeiro protocolo facultativo ao PIDCP prevê a possibilidade de queixas apresentadas por particulares que se considerem vítimas da violação de qualquer disposição do Pacto. O segundo protocolo facultativo diz respeito à abolição da pena de morte, cuja aplicação não é proibida mas restringida pelo artigo. 6.º, n.ºs 2 a 6 do Pacto. O Comité dos Direitos Humanos, criado pelo PIDCP (artigo 28.º), tem como função fazer cumprir as obrigações impostas pelo Pacto aos Estados.

O Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais (PIDESC) prevê direitos que obrigam os Estados a adotar tão rápido quanto possível estas disposições, ou seja, a sua implementação é progressiva, ao invés das que dizem respeito ao PIDCP, em que os Estados têm de garantir a sua consagração no imediato. O presente Pacto (artigo 16.º a 25.º) estabelece um sistema de controlo, composto pelo Conselho Económico e Social (ECOSOC) da ONU, que posteriormente criará, em sua substituição⁶¹, o Comité dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais (DESC)⁶². Contudo, este Comité carecia de competências que lhe configurassem a força do Comité de Direitos Humanos, e foi através do Protocolo Facultativo ao PIDESC que o Comité igualou as suas funções, através da possibilidade da examinação de queixas interestaduais e de instaurar inquéritos em casos de suspeita de violação de qualquer disposição do PIDESC pelos Estados Membros.

Falar de Direitos Humanos e na sua interpretação ao nível internacional obriga falar no Tribunal Internacional de Justiça (TIJ), órgão da ONU que reiterou a inclusão de proibições no que diz respeito a crimes de genocídio e de agressão, como de discriminação racial, escravatura, detenção arbitrária e maus tratos físicos, como obrigações de Direitos Humanos exigíveis aos Estados⁶³.

O Tribunal Penal Internacional, apesar de não pertencer à estrutura da ONU, integra o seu sistema de proteção dos Direitos Humanos. As suas funções principais passam pelo julgamento de indivíduos acusados da prática de crimes graves internacionais, nomeadamente genocídios, crimes contra a Humanidade e crimes de guerra.

⁶¹ O ECOSOC não tinha possibilidade de assumir as funções que lhe foram confiadas pelo PIDESC, o que impôs o desenvolvimento do sistema, no sentido de criar um grupo de trabalho por sessão.

⁶² Consagrado através da resolução n.º 1985/ 17 do ECOSOC.

⁶³ TAVARES, Raquel (2011) *Direitos Humanos. De onde vêm, o que são e para que servem*, Lisboa, Imprensa Nacional Casa da Moeda. Pp. 81

II.2 NA EUROPA

A importância da proteção dos Direitos Humanos na Europa começa a ganhar forma no seio do Conselho da Europa, assumindo particular relevância nesta matéria logo a partir de 1949 com a sua criação. O desenvolvimento de garantias em matéria de Direitos Humanos e da sua proteção foi afirmando-se ao nível das ações da União Europeia e da Organização de Segurança e Cooperação Europeia (OSCE).

Conselho da Europa

O Conselho da Europa é uma organização internacional vocacionada para a defesa dos Direitos Humanos. Antecede a União Europeia na sua constituição e, com a evolução de ambas as organizações regionais europeias, completa-a no domínio dos Direitos Humanos.

Após as atrocidades cometidas durante a II Guerra Mundial, consequência de violações graves a direitos inerentes à dignidade da pessoa humana, tomou iniciativas com fim a modificações profundas no panorama que se vive no que diz respeito a Direitos Humanos, nomeadamente com a vontade de criar uma carta comum que incorporasse direitos e liberdades, e que, na generalidade, refletisse os valores das democracias ocidentais. Desempenhou um papel importante após a queda do muro de Berlim, incentivando os Estados à adoção de padrões de promoção dos Direitos Humanos.

Com os objetivos gerais de salvaguarda e desenvolvimento dos Direitos Humanos e liberdades fundamentais, são membros do Conselho da Europa os que reconhecem o princípio do primado do Direito e o princípio de que todos gozam de Direitos Humanos e liberdades fundamentais (artigo 3.º do Estatuto do Conselho da Europa), sendo certo que a sua não-observância poderá levar à suspensão ou expulsão (artigos 8.º e 9.º do Estatuto do Conselho da Europa)⁶⁴.

Saliento, de entre os demais órgãos do Conselho da Europa, o Comissário para os Direitos Humanos, órgão independente que procura sensibilizar para questões de Direitos Humanos, assim como a sua observância pelos Estados Membros,

⁶⁴ Ibidem.

promovendo o desenvolvimento das instituições nacionais nessa matéria, capazes de fazer valer os valores e princípios inerentes ao Conselho da Europa.

Foi no Congresso Europeu que saiu uma proposta de elaboração de uma Carta de Direitos Humanos e de criação de um Tribunal de Justiça. O primeiro instrumento internacional com um catálogo de direitos reconhecidos a todo o ser humano, com carácter geral e universal, a Declaração Universal dos Direitos do Homem foi uma fonte inspiradora para a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH). À Convenção, acrescentam-se novos direitos, assim como modificações na competência, estrutura e funcionamento de órgãos, com os seus 14 Protocolos Adicionais⁶⁵.

Lê-se no preâmbulo da CEDH que um dos seus objetivos gerais é a manutenção da justiça e da paz, assente num regime democrático e de respeito universal pelos Direitos Humanos, assegurando a proteção de Direitos inerentes à pessoa humana⁶⁶. No entanto, a existência de um mecanismo de reservas, aliado ao facto de ter havido ratificações tardias a alguns protocolos por parte de alguns Estados, fez com que a Convenção e seus Protocolos, não fossem aplicadas na íntegra em todos os Estados. Saliento que a CEDH e os seus protocolos não se aplicam retroativamente⁶⁷.

A CEDH e os seus protocolos garantem essencialmente direitos chamados de “civis e políticos” e “económicos, sociais e culturais”. Consequência da pouca expressão dada aos direitos económicos, sociais e culturais, foi adotada a Carta Social Europeia⁶⁸. O seu trabalho tem expressão nas ações do único Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), órgão judicial criado pelo artigo 9.º da CEDH com o objetivo de “*assegurar o respeito dos compromissos que resultam, para as Altas Partes Contratantes*” desta Convenção e respetivos protocolos.

Os Estados Parte na CEDH obrigam-se a reconhecer direitos garantidos a qualquer pessoa sujeita à jurisdição (artigo 1.º da CEDH), assim como o direito de recurso efetivo das vítimas de violação desses mesmos direitos (artigo 13.º CEDH).

União Europeia

⁶⁵ Ibidem.

⁶⁶ MARTINS, Ana Maria Guerra (2014). *Direito Internacional dos Direitos Humanos*, Lisboa, Almedina.

⁶⁷ TAVARES, Raquel (2011) *Direitos Humanos. De onde vêm, o que são e para que servem*, Lisboa, Imprensa Nacional Casa da Moeda. Pp. 92

⁶⁸ Ibidem.

Para compreender o estado atual do sistema de proteção dos Direitos Fundamentais da União, torna-se então necessário recuar à criação das Comunidades.

Inicialmente cabia ao Conselho da Europa e ao seu sistema interno a promoção e proteção dos Direitos Humanos ao nível regional (Europa), posteriormente com a efetivação da CEDH as ações dos Estados começaram a ser orientadas pela mesma e pelos seus documentos adicionais⁶⁹.

A criação das Comunidades Europeias teve na sua génese, alicerçada a fatores económicos, a formalização de um catálogo de Direitos Fundamentais. Seria necessário que uma organização de cariz económico se transformasse, também ela, numa *organização de direitos*.

O primeiro órgão a pronunciar-se sobre a temática dos Direitos Humanos foi o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias que através da sua jurisprudência, começou a desenvolver uma doutrina de reconhecimento e defesa dos Direitos Fundamentais, posteriormente consagrados nos Tratados. Inicialmente defendia que não era da sua competência julgar ações relacionadas com Direitos Humanos, pois considerava que era matéria pertencente ao direito constitucional dos Estados⁷⁰. Posteriormente, a aceitação destes direitos (fundamentais) como princípios gerais de direito e a sua integração no Direito Comunitário, prevalecendo as normas de Direito Comunitários⁷¹ em detrimento das normas internas dos Estados, efetivou a orientação do tribunal em matéria de direitos fundamentais.

Em 1997 é adotado o Tratado de Amesterdão, que reforçou a importância dos direitos fundamentais da política da União Europeia (UE), com a introdução do artigo 13.º relativo à não- discriminação e a consagração do respeito pelos direitos fundamentais como um requisito indispensável à adesão na UE. No entanto, continua a não existir um catálogo próprio da União relativo aos direitos fundamentais, ou seja, o indivíduo acaba por, antes de recorrer a uma instância judicial, não saber ao certo quais os direitos que lhe são concedidos por lei pela condição de ser humano⁷².

⁶⁹ A respeito: Protecting fundamental rights within the EU:

http://europa.eu/pol/rights/index_en.htm

⁷⁰ Acórdão Stork, de 04/02/1959, processo 1/58., segundo o qual, nos termos do Tratado, a Alta Autoridade (Órgão da CECA) é apenas obrigada a aplicar o Direito Comunitário, não sendo competente para aplicar o Direito Nacional.

⁷¹ Acórdão de 17 de Dezembro de 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, processo 11/70.

⁷² Ibidem.

A consagração de um catálogo de direitos fundamentais prende-se com algumas questões de carácter processual, uma delas, segundo a qual pode criar um obstáculo ao mesmo, é o conteúdo do artigo 6.º, n.º 2 do Tratado da União Europeia (TUE), que remete para a tradição constitucional característica dos Estados-Membros, ou seja, uma vez que, genuinamente, cada Estado-Membro segue determinados valores na formalização das suas normas, seria difícil de definir objetivos e introduzir de um catálogo compatível com normas e conteúdos distintos.

O Tratado de Nice, assinado em 2001, estabelece no artigo 7.º um mecanismo de prevenção para casos de violações graves e sancionamento da persistência na violação dos mesmos, por parte de um Estado Membro. É também adotada e proclamada a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia que se torna no primeiro texto comunitário relativo aos Direitos Fundamentais. No entanto, o consenso para a sua inclusão não foi unânime e o seu carácter não passou de meramente facultativo, logo, a proteção dos direitos fundamentais caba por não ter a repercussão esperada com a elaboração (necessária) da Carta. Não tendo carácter inovador em termos de matéria (comparativamente com instrumentos das Nações Unidas), a ação permitiu uma maior visibilidade e sensibilização aos direitos nela previstos⁷³.

Inspirada pela CEDH (direitos civis e políticos) e pelo Tratado da União Europeia em matéria dos direitos do cidadão, o objetivo primordial da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE) não é a criação de algo mas a efetivação de direitos já existentes, direitos esses que pertencem ao cidadão e que precisam de segurança jurídica, proteção efetivada pela Carta⁷⁴.

Apesar da diversa natureza de fontes de onde emana a Carta, a sua força jurídica acaba por ser pobre, na medida em que essas mesmas inspirações não têm carácter vinculativo (por exemplo a Carta Social Europeia) e nem estão sujeitas a qualquer tipo de controlo jurisdicional.

À parte desta fraqueza, a aceitação generalizada deste instrumento teve alguns obstáculos, nomeadamente a diversidade de tradições ao nível interno dos Estados no geral e em particular no que concerne à proteção de direitos fundamentais. Depois de

⁷³ TAVARES, Raquel (2011) *Direitos Humanos. De onde vêm, o que são e para que servem*, Lisboa, Imprensa Nacional Casa da Moeda.

⁷⁴ MARTINS, Ana Maria Guerra (2014). *Direito Internacional dos Direitos Humanos*, Lisboa, Almedina.

superadas as dificuldades, a Carta acabou por aprovada embora não tenha sido inserida no Tratado da União Europeia com carácter vinculativo.

Vários são os instrumentos que, a partir daqui, vão sendo criados, nomeadamente e a título de exemplo a Agência Europeia dos Direitos Fundamentais, criada com o propósito de observar Estados-Membros aplicam e respeitam esses direitos.

Numa perspetiva algo otimista, pode considerar-se que com o Tratado de Lisboa: *“A União Europeia reforçará a característica de ser a região do mundo que melhor protege os direitos da pessoa e reforçará a sua verdadeira identidade: a do continente que soube inventar um ordenamento supranacional que tornou impossível a guerra, que nos séculos anteriores tinha dilacerado as suas nações, o continente que refuta radicalmente a pena de morte e que considera os direitos sociais como direitos fundamentais do cidadão⁷⁵”*, e, neste contexto, foram reforçadas algumas áreas, nomeadamente, o tráfico de seres humanos, a exploração sexual de crianças e a violência em mulheres.

Os Direitos Humanos acabam por assumir uma posição cada vez mais importante: Segundo a Comissão Europeia, em dezembro de 2011 foram celebrados com países terceiros inúmeros acordos que estipulavam cláusulas de direitos humanos como elemento essencial na relação entre as Partes⁷⁶.

Organização para a Segurança e Cooperação na Europa

A Organização para a Segurança e Cooperação na Europa (OSCE) é uma organização de países do Ocidente, orientada para a promoção da democracia e do liberalismo económico na Europa. Com origem na CSCE (Conferência sobre a Segurança e a Cooperação na Europa, criada pela Ata de Helsínquia de 1975), a organização desenvolve um conceito abrangente de segurança numa abordagem multidimensional: a político-militar, a económica e ambiental e a dimensão humana, incluindo o respeito pelos Direitos Humanos, pelas liberdades fundamentais e defesa da Democracia e do Estado de Direito. Neste sentido, os assuntos que estão na ordem do dia da OSCE dizem respeito aos Direitos Humanos e liberdades

⁷⁵ A respeito: *Notes & Comments (20/12/2007) - The second “proclamation” of the Charter of rights and the amendment Treaty*. Disponível em:

<http://www.europeanrights.eu/index.php?lang=eng&funzione=S&op=5&id=71>

⁷⁶ Ibidem. Pp. 104

fundamentais, igualdade de géneros, o tráfico de seres humanos, tolerância e a não-discriminação⁷⁷.

Um dos principais objetivos desta organização passa pelo estabelecimento de linhas de conduta aceites pelos Estados Membro a fim de ser observadas a promoção da paz, da segurança, da justiça e cooperação nos domínios-chave das suas dimensões. Prevenir conflitos locais, restabelecer a estabilidade e a paz em áreas laceradas pela guerra, ultrapassar crises de segurança, ameaças transnacionais, tais como a segurança cibernética ou a luta contra o terrorismo, são algumas das suas preocupações e domínios que requerem a sua atenção⁷⁸.

A OSCE continua a ser um importante fórum para a resolução de conflitos e construção da confiança entre as Partes, desempenhando, por exemplo, um papel importante na resolução de crises em torno de Ucrânia, nomeadamente através da implementação da Missão de Vigilância Especial da OSCE (SMM).

Os Estados Membros assumiram, assim, um compromisso assente na democracia, baseada nos direitos do homem e nas suas liberdades fundamentais. É no âmbito da dimensão humana que a OSCE mais desenvolve as suas atividades, nomeadamente, no que concerne à proteção e promoção de Direitos Humanos, em temáticas como a liberdade de circulação e religião, tortura e tráfico de pessoas⁷⁹.

Todos os Estados-Membros da UE são ao mesmo tempo Estados participantes da OSCE e têm todos o mesmo peso dentro da organização. As decisões são tomadas por consenso, apesar de não juridicamente vinculativas.

Direito à vida no Sistema Europeu

Segundo o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) o direito à vida é o direito supremo, segundo o qual todos dependem⁸⁰, independentemente das condições físicas, mentais, económicas ou outras.

Ficam por resolver vários problemas aquando da interpretação do artigo 2.º, n.º I da CEDH, nomeadamente os relacionados com o aborto e a eutanásia. Contudo, é

⁷⁷ Gabinete de Documentação e Direito Comparado. Disponível no site: <http://direitoshumanos.gddc.pt>

⁷⁸ MARTINS, Ana Maria Guerra (2014). *Direito Internacional dos Direitos Humanos*, Lisboa, Almedina.

⁷⁹ TAVARES, Raquel (2011) *Direitos Humanos. De onde vêm, o que são e para que servem*, Lisboa, Imprensa Nacional Casa da Moeda.. Pp. 104

⁸⁰ Acórdão de 22/3/2001, *Streletz, Kessler e Krenz*, Rec. 2001, parágrafo 87 e 94.

clara a interpretação de que o artigo 2.º não prevê a “*liberdade negativa*”, ou seja, o direito da pessoa acabar com a sua própria vida⁸¹.

O desaparecimento de pessoas ou a morte inexplicável de pessoas detidas constituía, segundo o TEDH, uma violação do direito à liberdade e à segurança. Recentemente, o TEDH tem considerado o direito à vida como um direito violado nessas circunstâncias⁸².

A CEDH traz pela primeira vez mecanismos supranacionais regionais de proteção dos Direitos do Homem e enuncia grandes princípios, nomeadamente os Direitos Cíveis e Políticos. Foi emendada por catorze protocolos, alguns destes acrescentando direitos novos, e outros modificando matérias de carácter organizacional e outras de carácter processual⁸³. Surge audaz, na medida em que concretiza a obrigação dos Estados-Membros de reconhecerem aos indivíduos direitos e de fazer cumprir aos Estados os direitos mencionados em instrumentos internacionais de Direitos Humanos.

No que respeita ao direito à vida previsto no artigo 2.º da CEDH, são titulares todos os indivíduos que estejam dependentes da jurisdição dos Estados contratantes e prevê que todos os indivíduos têm direito à vida e respetiva proteção, independentemente das suas aptidões físicas, mentais, económicas ou sociais. Reconhece que o bem jurídico da vida é objeto de proteção e que os seus titulares são “qualquer pessoa” (artigo 2.º CEDH), na medida em que é um direito dos indivíduos da espécie humana, independentemente da jurisdição dos Estados-Membros. O alcance do protocolo n.º 6 que restringiu a aplicação da pena de morte, e do protocolo n.º 13 que posteriormente a veio abolir, leva ao reconhecimento por parte de um Estado-Membro do direito à vida dos seus nacionais, dos nacionais de outros Estados não contratantes e apátridas, desde que residentes no território de um Estado contratante (artigo 1.º da CEDH)⁸⁴.

⁸¹ MARTINS, Ana Maria Guerra (2014). *Direito Internacional dos Direitos Humanos*, Lisboa, Almedina. Pp. 204

⁸² Caso *Orhan*, de 18/06/2002, parágrafo 326 e seguintes.

⁸³ AAFDL (2013). *Textos de Direito Internacional Público*, Lisboa, AAFDL. Pp. 71-116

⁸⁴ DUARTE, Maria Luísa. (2006) *União Europeia e Direitos Fundamentais - no Espaço da Internormatividade*, Lisboa, AAFDL. Pp. 204

Ultrapassa, neste contexto, o direito a viver em condições de vida dignas, ou o direito ao pleno desenvolvimento da personalidade⁸⁵, pois o direito à vida está amplamente ligado com o direito à paz e à segurança, podendo mesmo contemplá-los implicitamente na letra do artigo 2.º, n.1º, apesar deste apenas se referir expressamente ao direito a não ser privado da vida. Neste contexto, os indivíduos podem assim exigir do Estado as ações imprescindíveis à existência do direito à vida e consequentemente atribuem ao Estado a obrigação de punir os atentados à vida e de perseguir os autores de homicídios, instaurando inquéritos eficazes, independentes e públicos⁸⁶.

“O Direito de qualquer pessoa à vida é protegido pela lei”, assim plasmado no artigo 2.º da CEDH, sugere-nos que esta proteção atue em diversos níveis, nomeadamente preventivas, através de medidas que possam evitar atos que potenciem perdas de vidas humanas e de medidas repressivas com a criação de sanções no âmbito da responsabilidade civil e criminal. O artigo 2.º impõe obrigações substantivas (formuladas negativamente, na medida em que funciona na base do não retirar a vida) e processuais (formuladas positivamente, na medida em que se exprime na proteção contra atos que coloquem em risco aquele direito) ao Estado. Relativamente ao que resulta do artigo 15º, n.º 2 da CEDH, salvo nos casos de “*morte resultante de atos lícitos de guerra*” haverá derrogação do artigo 2.º.

A imposição do direito à vida aos indivíduos e ao próprio Estado permite que o indivíduo exija do Estado medidas que permitam proteger as suas vidas e punindo as violações e atentados à vida. Este dever da entidade suprema de elaborar moldura legislativa que visa essa mesma prevenção e de alguma forma dissuadir quem intente violar o direito à vida de outrem, exige que todos os Estados estipulem diretrizes que permitam a punição e responsabilização de todos os violadores do direito à vida dos seus nacionais.

O Direito Internacional acabava por ser pouco expectável ao nível individual, pois não existia capacidade processual por parte de um particular, no contexto de

⁸⁵ A respeito: Dujardin com França – decisão da Comissão Europeia dos Direitos do Homem, de 2 de Setembro de 1991, queixa n.º 16734/90. Consultada em <http://vlex.pt/>. Osmar com Reino Unido – decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem de 28 de Outubro de 1998, queixa n.º 23452/94. Consultada em <http://www.echr.coe.int/>.

⁸⁶ Decisão de 30 de Agosto de 1994, queixa n.º 234194 e outra de 22 de Setembro de 1995, queixa n.º 20948/92, ambas pesquisadas em <http://vlex.pt/>.

litígio, no entanto, o Sistema Europeu ofereceu a possibilidade dos cidadãos europeus poderem ser parte independente, sem qualquer tipo de associação a uma Organização ou Estado, através do protocolo n.º 11⁸⁷ que emendou a Convenção, tornou obrigatória a receção, por parte do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), de queixas dos Estados e petições individuais. Este sistema possibilita os cidadãos europeus de serem Parte de um litígio internacional, fator que acaba por colocar os Direitos Humanos acima das leis internas dos Estados.

Até aqui eram apenas os organismos públicos que poderiam ser intervenientes principais num litígio internacional, a partir de então, o indivíduo passa a ter capacidade processual independente de qualquer outra entidade, tanto do Estado como de uma Organização Internacional. No fundo, as leis internas acabam por se subjugar, de alguma forma, aos Direitos Humanos, que se posicionam fora da esfera de controlo do Estados enquanto entidade soberana e com poder sobre os seus nacionais, através da jurisdição a que estes são vinculados⁸⁸.

II.3 EM ÁFRICA

A proteção de Direitos Humanos no continente africano decorre de preocupações dos Estados africanos: da descolonização, da não discriminação racial, do desenvolvimento económico e social e da unidade africana.

Foi com a criação da Organização da Unidade Africana (OUA) em 1963, posteriormente transformada na atual União Africana (UA) que essas preocupações têm sido alvo de trabalhos no seio da organização.

Após a independência dos Estados africanos e de vários apelos por parte da ONU para a criação de uma comissão regional de Direitos Humanos, a Conferência dos Chefes de Estado e de Governo da OUA aprovou uma resolução que prevê a apresentação de um projeto para esse efeito, assim como para a elaboração de um projeto da Carta Africana de Direitos do Humanos e dos Povos (CADHP).

A CADHP adota referências relativas a princípios previstos na DUDH e limita-se a fazer uma breve referência formal dos Direitos Humanos, resultantes da interpretação dos princípios gerais e não como objetivos reconhecimentos. No geral, a

⁸⁷ Ibidem. Pp. 71-116

⁸⁸ MARTINS, Ana Maria Guerra (2014). *Direito Internacional dos Direitos Humanos*, Lisboa, Almedina.

Carta parece dar principal importância ao indivíduo que, apesar de ter a sua liberdade e os seus direitos, não são assumidos com um ser singular, na medida em que se realiza existe e pelo e com o grupo. Concetualmente, esta ideia fundamenta-se na existência de direitos e deveres do indivíduo para e com a comunidade e da comunidade para com o indivíduo⁸⁹. A CADHP contribuiu para o desenvolvimento dos Direitos Humanos e da sua proteção ao nível regional, preenchendo as lacunas existentes no continente a esse respeito.

Trata-se de um progresso significativo em termos políticos e jurídicos, na medida em que trouxe ao Direito Internacional dos Direitos Humanos especificidades provenientes de tradições históricas e valores da civilização africana que em tanto influenciaram os autores da Carta⁹⁰. A família, por exemplo, é considerada como a *base da sociedade* (artigo 18.º, n.º 1 e 2 da Carta).

As repercussões da conceção africana de direitos do homem e dos direitos dos povos são assumidas pela Carta na distinção apresentada entre os direitos pertencentes ao indivíduo e direitos relativos ao Povo no seu conjunto. A noção de deveres individuais não só em relação ao igual mas à comunidade nos termos da tradição africana, constitui um rutura da conceção ocidental dos Direitos do Homem em geral, considerando que a noção de Direitos Humanos se centra essencialmente na doutrina baseada num conjunto de prerrogativas que originam, por si, reciprocamente, um leque de deveres explícitos⁹¹. Contudo, apesar de todas estas inovações, a Carta carece de limitações que por sua vez reduzem o conteúdo dos direitos, muitas vezes abaixo do nível estipulado pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos⁹² e, consequentemente, protegem o Estado em detrimento do indivíduo, legitimando a sua ingerência nos direitos e liberdades dos seus cidadãos. Nestes casos, cabe à Comissão Africana dos Direitos do Homem e dos Povos delimitar ações neste sentido.

A Comissão Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, criada pelo Protocolo Adicional à Carta Africana relativo à criação de um Tribunal Africano dos

⁸⁹ Ibidem. Pp. 203

⁹⁰ GOMES, Fernando (2014). *Direitos Humanos na Guiné-Bissau – Eu conto como foi! Memórias de um percurso*. Lisboa, Chiado Editora.

⁹¹ MARTRIGE, Jean (1996) *Tradition et Modernité dans la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples* [online], Bruxelas. Available: https://www.sqdi.org/wp-content/uploads/11.1_-_ntaganda.pdf. Pp. 43

⁹² Ibidem. Pp. 40

Direitos Humanos e dos Povos, assume um papel de controlo e de promoção dos Direitos Humanos. Tem como objetivo “*promover os direitos do homem e assegurar a sua proteção em África*” (artigo 30.º da Carta) e competências de controlo previstas no sistema (não) jurisdicional de controlo.

Os processos perante a Comissão podem ter carácter comunicativo por iniciativa dos Estados (artigos 47.º a 54.º), individuais (artigos 55.º a 59.º) e através de relatórios periódicos dos Estados (artigo 62.º).

A delimitação da competência da Comissão prevista no artigo 45.º prevê a possibilidade deste órgão emitir pareceres ou recomendações, interpretar todas as disposições da carta e executar tarefas solicitadas pela Conferência dos Chefes de Estado e de Governo e da UA.

A Comissão não tem, expressamente, a competência para examinar queixas individuais, no entanto, a este respeito a Carta diz apenas que antes de cada sessão da Comissão, o seu Secretário “*estabelece a lista das comunicações que não emanam dos Estados Partes [...] e comunica-a aos membros da Comissão, que indicam que comunicações devem ser consideradas pela Comissão*” (artigo 55.º, n.º 1).

Além da Comissão, existe outro mecanismo de controlo da aplicação das disposições da Carta: O Tribunal. A inicial inexistência de um Tribunal Africano dos Direitos Humanos como meio de resolução de conflitos reflete, à época, o medo de perda de soberania por parte dos Estados recém-independentes⁹³.

O Tribunal dos Direitos do Homem e dos Povos tem competência para julgar quaisquer casos relativos à interpretação e aplicação da Carta, do protocolo e de qualquer outro instrumento de Direitos Humanos ratificado pelo Estado em causa, podendo pois pronunciar-se sobre violações, não só dos tratados africanos, mas também de outros tratados dos quais os Estados africanos de eles sejam Parte⁹⁴.

A ideia de criação de uma organização pan-africana de Direitos Humanos nasceu de um encontro de dirigentes de ONGs de Direitos Humanos em África, ocorrido à margem da Cimeira dos Chefes de Estado e dos Governos da Organização da Unidade

⁹³ TAVARES, Raquel (2011) *Direitos Humanos. De onde vêm, o que são e para que servem*, Lisboa, Imprensa Nacional Casa da Moeda.

⁹⁴ Ibidem.

Africana, de onde resultaram duas resoluções, uma sobre conflitos em África e outra sobre a necessidade de promoção dos Direitos Humanos no continente⁹⁵.

A “*Declaração de Bissau*” refletiu o entendimento e a determinação de ser concluído o processo de criação da Organização Pan-africana dos Direitos Humanos, no mais curto espaço de tempo, mas foi no Congresso Constituinte da União Interafricana dos Direitos Humanos que contou com a presença de organizações não-governamentais africanas de defesa de Direitos Humanos e de muitas outras organizações internacionais, que operaram com intuito de criar a União Interafricana dos Direitos Humanos. A sua criação constituiu uma etapa histórica no combate à violação e no triunfo dos Direitos Humanos e da liberdade em todo o continente africano⁹⁶.

II.4 NA AMÉRICA

Cabe à Organização de Estados Americanos (OEA) desempenhar essas funções, no âmbito da proteção e promoção de Direitos Humanos no continente americano.

A Carta de OEA foi adotada em simultâneo com a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (DADDH) e limita-se a consagrar o princípio da não discriminação (artigo 3.º) e um princípio genérico de respeito pelos direitos individuais (artigo 17.º)⁹⁷. A par da DADDH, a Carta Interamericana de Garantias Sociais também constitui um dos instrumentos de proteção internacional do sistema americano que, apesar de não ser vinculativa, vai desempenhar um papel fundamental⁹⁸.

Fortemente influenciada pela Convenção Europeia dos Direitos Humanos, a Convenção Americana dos Direitos Humanos (CADH), aprovada em 1969, foi aditada por dois protocolos adicionais: Protocolo de San Salvador em matéria Direitos Económicos, Sociais e Culturais (1988), com entrada em vigor em 1999 e o Protocolo referente à abolição da pena de morte (1990) que entrou em vigor em 1993.

A Convenção teve um papel importante para a Comissão, tornando vinculativas

⁹⁵ Ibidem.

⁹⁶ GOMES, Fernando (2014). *Direitos Humanos na Guiné-Bissau – Eu conto como foi! Memórias de um percurso*. Lisboa, Chiado Editora.

⁹⁷ MARTINS, Ana Maria Guerra (2014). *Direito Internacional dos Direitos Humanos*, Lisboa, Almedina. Pp. 295

⁹⁸ Ibidem.

as suas disposições o que resulta no reforço na legitimidade de ação da Comissão contra desrespeitos: Os Estados Membros têm de “*respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e... garantir o seu livre e pleno exercício a toda a pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação.*” (artigo 1.º da CADH). A sua missão passa pela examinação das petições e pela avaliação da sua admissibilidade, assim como pelo processo de encontrar soluções e pela redação de relatórios (artigo 48.º e seguintes). Caso o Estado não seja Parte da Convenção, o processo termina na Comissão, uma vez que não passa para a fase contenciosa⁹⁹.

O Tribunal Interamericano dos Direitos Humanos assume que para os Estados membros da OEA, a DADDH é obrigatória¹⁰⁰, ou seja, assume que os Estados Parte têm o dever de prevenir, investigar e punir as violações de Direitos Humanos, assim como de garantir a sua punição efetiva através de indenizações necessárias/proporcionais aos danos¹⁰¹.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos e o Tribunal Interamericano dos Direitos Humanos são os órgãos que efetivam a promoção e a proteção dos Direitos Humanos.

No que diz respeito ao Tribunal Interamericano de Direitos Humanos a sua jurisdição é facultativa, ou seja, não constitui obrigatoriedade para os Estados (artigo 62.º parágrafo 1). Contudo, caso o Estado aceite, não há a possibilidade de negar a aceitação¹⁰², apenas em “*casos de extrema gravidade e urgência... poderá tomar as medidas provisórias que considerar pertinentes*”. O Tribunal dispõe, também ele, de competências consultivas no que diz respeito à interpretação da Convenção, assim como de outros tratados de Direitos Humanos.

Além dos instrumentos anteriormente referidos, existem outros que têm vindo a ser adotados, nomeadamente a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (adotada em 1985), Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas (adotada em 1994), a Convenção Interamericana para Prevenir,

⁹⁹ TAVARES, Raquel (2011) *Direitos Humanos. De onde vêm, o que são e para que servem*, Lisboa, Imprensa Nacional Casa da Moeda. Pp. 298

¹⁰⁰ Parecer OC-10/89, Série A. Judgments and Opinions, 1989. Pp. 45.

¹⁰¹ Acórdão do Inter-American Court of Human Rights, de 29 de Julho de 1988. Caso *Velásquez Rodríguez*. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf

¹⁰² Acórdão do Inter-American Court of Human Rights de 24 de setembro de 1999. Caso *Bronstein vs Perú*. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_54_ing.pdf

Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher (adotada em 1994), a Convenção Interamericana sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência (adotada em 1996).

II.5 NA ÁSIA

Na Ásia não existe um sistema de proteção de Direitos Humanos com a estrutura e forma dos enunciados anteriormente. Contudo, é importante a discussão sobre a sua concepção de Direitos Humanos e a formalização da sua perspectiva a esse respeito.

Os Direitos Humanos ocupam um lugar paradoxal na política internacional, em que as instituições desenvolvidas para a promoção dos Direitos Humanos operam a um nível global aparentemente distanciado desta escala individual¹⁰³. Na defesa dos Direitos Humanos, há, portanto, uma mediação constante entre o indivíduo e o local; dimensões nacional, regional e global¹⁰⁴.

Quando a DUDH foi proclamada haviam somente 51 Nações membros das Nações Unidas. Após a onda de descolonização, no final da década de 1940, das Nações do Leste e Sudoeste Asiático, as Nações Unidas aumentaram para 193 membros. Nos anos que se seguiram a 1948, muitas colónias na Ásia (e outras partes do Terceiro Mundo) alcançaram a independência, entraram para a ONU e aderiram aos principais tratados de Direitos Humanos¹⁰⁵.

Apesar de não existir nenhum órgão regional que se ocupe das questões de Direitos Humanos na Ásia, a ASEAN, emitiu recentemente a Declaração dos Direitos Humanos da ASEAN, em novembro de 2012 ¹⁰⁶.

¹⁰³ MACKIE, Vera (2013). Introduction: Ways of Knowing about Human Rights in Asia, *Asian Studies Review* [online], volume 37 n.º 3, pp. 294. Available: <http://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/10357823.2013.811780>.

¹⁰⁴ Ibidem. Pág. 293

¹⁰⁵ Os principais tratados são: a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (ICERD, 1966), o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (ICCPR, 1966) O Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais (PIDESC, 1966), a Convenção A Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (CEDAW, 1979), a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (CAT, 1984), a Convenção sobre os Direitos da Criança (CRC, 1989), a Convenção Internacional sobre a Dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e Membros de Suas Famílias (1990), e a Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (2006).

¹⁰⁶ MACKIE, Vera (2013). Introduction: Ways of Knowing about Human Rights in Asia, *Asian Studies*

As ações têm sido desenvolvidas em paralelo com a evolução do discurso sobre Direitos Humanos, levantando-se questões de diferentes sistemas de desigualdade, baseados em género, classe, etnia, orientação sexual, etc¹⁰⁷. Contudo, resultam de interpretações diferentes, de conceitos e âmbitos diferenciados dos plasmados nos sistemas anteriormente enunciados.

Mackie recorre a autoras como Micheline Ishay para identificar questões ligadas à de defesa dos Direitos Humanos no século XXI. Segundo Micheline, apesar de “... uma trajetória negativa, se considerarmos a ascensão das forças nacionalistas e o enfraquecimento das democracias e dos seus valores, particularmente depois do 11 de setembro” existe “um caminho mais positivo, onde devemos considerar a proliferação de instituições de Direitos Humanos...” (Ishay, 2004, p.345). No entanto, as questões levantadas por Ishay e outros autores têm uma aplicabilidade específica, tendo em conta as realidades/ condições a nível local, regional e global¹⁰⁸. Por exemplo, Michael Connor, argumenta que na Tailândia o abuso persistente dos Direitos Humanos deve-se à ‘destruição cumulativa da ampla base social e das forças de classe que agiam em prol dos direitos constitucionais e da dignidade conferida aos cidadãos tailandeses’¹⁰⁹, uma realidade distinta da observada noutras zonas do globo.

Galligan baseia-se num capítulo de Ranabir Sammadar e descreve a Índia como “o país asiático que se destaca para os Direitos Humanos”¹¹⁰, apenas pelo facto dos Direitos Humanos terem desempenhado um papel maior no discurso político da Índia por mais tempo que outros países asiáticos. Na Índia, as lutas políticas continuam contra uma herança colonial, bem como contra uma antiga e profunda desigualdade estrutural¹¹¹. Desde 1950 que a Constituição indiana prevê a garantia das principais categorias de direitos, contudo, por consequência da sobrecarga do aparelho judicial, a positivação dos Direitos Humanos acaba por ser um obstáculo cada vez maior à sua

Review [online], volume 37 n.º 3, pp. 293

¹⁰⁷ RAJ, R., ed. (2002) Women at the intersection: Indivisible rights, identities and oppressions, New York, Centerfor Women’s Global Leadership.

¹⁰⁸ MACKIE, Vera (2013). Introduction: Ways of Knowing about Human Rights in Asia, *Asian Studies Review* [online], volume 37 n.º 3, pp. 295

¹⁰⁹ Ibidem.

¹¹⁰ CHEESMAN, Nick (2012). Human Rights in Asia, *Journal of Contemporary Asia* [online], volume 42, n.º2, pp. 343. Available: <http://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/00472336.2012.668360>.

¹¹¹ Ibidem. Pp. 345

apreciação¹¹².

"Porque é que atores internacionais construíram um regime de direitos humanos, que é tão forte na aspiração normativa e tão fraco na execução?"¹¹³.

Os discursos políticos da Ásia aparentemente de preocupação e compromisso em formalizar normas de Direitos Humanos são na prática, promessas assumidas "...de muito pouca utilidade, e muitas vezes, acabam por ser este é o resultado do projeto oficial" (Philip Alston, relator da ONU). A fraca execução de direitos justifica-se, muitas vezes, pelos fins políticos que lhes estão intrínsecos¹¹⁴.

Na Conferência de Bangkok¹¹⁵, trabalhos preparatórios para a II Conferência Mundial sobre Direitos Humanos em Viena a 1993, reconheceu-se "que os Direitos Humanos são universais na sua natureza..." e que "devem ser considerados num contexto de um processo dinâmico e envolvente na produção de normas internacionais...", tendo em conta "a importância das particularidades nacionais e regionais, e respetivos aspetos históricos, culturais e religiosos". (Declaração de Bangkok, 7., 1993).

Na Declaração de Bangkok pode verificar-se a importância que é dada ao direito ao desenvolvimento como a base para a conceção de Direitos Humanos, assumindo que "o maior obstáculo aos Direitos Humanos é a pobreza"¹¹⁶.

"4. Discourage any attempt to use human rights as a conditionality for extending development assistance;," "18. Recognize that the main obstacles to the realization of the right to development lie at the international macroeconomic level, as reflected in the widening gap between the North and the South, the rich and the poor;," (Declaração de Bangkok, 1993).

Já na II Conferência Mundial dos Direitos Humanos, "Todos os Direitos Humanos

¹¹² Ibidem. Pp. 344

¹¹³ Ibidem. Pp. 345

¹¹⁴ Ibidem.

¹¹⁵ Entre 29 de março e 2 de abril de 1993 estiveram reunidos em Bangkok não só representantes da Ásia oriental, mas de toda a Ásia: Bahrain. Bangladesh. Butão, Brunei. China, Chipre, República Popular e Democrática da Coreia, Fiji. Índia. Indonésia, Irão (República Islâmica do), Iraque, Japão, Kiribati, Kuwait. República Democrática Popular do Laos. Malásia. Maldivas. Mongólia, Myanmar. Nepal, Omã, Paquistão, Papua Nova Guiné. Filipinas, República da Coreia, Samoa. Singapura. Ilhas Salomão, Sri Lanka. República Árabe da Síria, Tailândia, Emirados Árabes Unidos e Vietname.

¹¹⁶ "19. Affirm that poverty is one of the major obstacles hindering the full enjoyment of human rights;" (Declaração de Bangkok, 1993).

são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os Direitos Humanos de forma global, justa e equitativa, em pé de igualdade... embora particularidades nacionais e regionais devam ser levadas em consideração, assim como diversos contextos históricos, culturais e religiosos. É dever dos Estados promover e proteger todos os Direitos Humanos e liberdades fundamentais, sejam quais forem os seus sistemas políticos, económicos e culturais.” (Declaração de Viena, 5., 1993)

A Declaração da II Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, reafirma que *“o direito ao desenvolvimento, previsto na Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, como um direito universal e inalienável e parte integral dos direitos humanos fundamentais.” (Viena, 1993).*

“8. A democracia, o desenvolvimento e o respeito aos direitos humanos e liberdades fundamentais são conceitos interdependentes que se reforçam mutuamente. A democracia se baseia na vontade livremente expressa pelo povo de determinar seus próprios sistemas políticos, econômicos, sociais e culturais e em sua plena participação em todos os aspectos de suas vidas. Nesse contexto, a promoção e proteção dos direitos humanos e liberdades fundamentais, em níveis nacional e internacional, devem ser universais e incondicionais. A comunidade internacional deve apoiar o fortalecimento e a promoção de democracia e o desenvolvimento e respeito aos direitos humanos e liberdades fundamentais no mundo inteiro.”

Tanto em Bangkok, como posteriormente na II Conferência Mundial dos Direitos Humanos em Viena, a tônica na universalidade dos Direitos Humanos acompanhada da sua adaptação a contextos políticos, económicos e culturais, permite o afastamento de uma potência como a Ásia de concepções de Direitos Humanos e a sua proteção nos moldes ocidentais.

Segundo Wm. Theodore de Bary¹¹⁷, a ideia base de proteção de Direitos Humanos: *“It is economic and social progress (rather than one supposes this or that international oversight body) that ‘facilitates the growing trend towards democracy and the promotion and protection of human rights’.* Ou seja, a perspectiva de Direitos Humanos

¹¹⁷WM. Theodore de Bary (1998) *Asian Values and Human Rights. A Confucian Communitarian Perspective.* Harvard University Press.

deve pesar tanto no debate político como outros direitos, designadamente, comparativamente com direitos económicos, sociais, culturais e políticos. Hierarquizar estes direitos é, segundo o autor, injusto.

O autor declara que “o confronto e imposição de valores incompatíveis devem ser evitados” e que, apesar “da natureza universalista dos Direitos Humanos”, consubstanciou-se na Declaração de Bangkok que os Direitos Humanos “devem ser considerados no contexto de um processo dinâmico e evolutivo...” e tendo em conta “as particularidades regionais e diversos aspetos históricos, culturais e religiosos”.

Na China em particular, o confucionismo e a filosofia orientadora da conduta dos indivíduos e de decisores políticos, edifica a sociedade com pilares peculiares, nomeadamente, o facto da dignidade humana e do próprio bem-estar não constituem elementos integrados no leque dos Direitos Humanos. Entende-se que o indivíduo tem direitos civis como fazendo parte de um conjunto de indivíduos, e não como um ser uno com valor individual. Fora da coletividade, o mesmo não tem valores reconhecidos.

Na China, persistem violações de uma gama de Direitos Humanos, nomeadamente, com o recurso à pena de morte que continua a ser aplicada desenfreadamente e de uma forma não-transparente, a tortura generalizada, falta de dependência dos órgãos judiciais, obstáculos impostos a julgamentos justos, condições nas prisões deploráveis e defensores de Direitos Humanos perseguidos¹¹⁸.

A noção de Direitos Humanos e a ideia de sistemas de proteção dos Direitos Humanos na Ásia é incompatível com a perspetiva ocidental a esse respeito. O sistema de valores e relações entre os indivíduos não permite uma interpretação automatizada do indivíduo e da sua proteção num sistema baseado e criado apenas para esse fim¹¹⁹.

¹¹⁸ Foreign and Commonwealth Office, *Human Rights. Annual Report*. P. 42.

¹¹⁹ TATSUO, Inoue. *Liberal Democracy and Asian Orientalism*. p. 29. DONNELLY, Jack. *Human Rights and Asian Values: A defense of "western" Universalism*. p. 83.

PARTE 2

CAPÍTULO III

NORMAS INTERNACIONAIS DE DIREITO CONSULAR

A instituição consular surge com a necessidade de defesa do estrangeiro, cidadão que merece especial proteção no território do Estado recetor. Autores como Condioti¹²⁰ e Vatel¹²¹ demonstram como a proteção do nacional no estrangeiro se tornou uma das preocupações dos Estados, na medida em que a positivação e a efetivação das ações de defesa surge de costumes locais, assim como de normas escritas de vários povos da antiguidade que segundo o autor são as fontes mais longínquas da instituição consular¹²².

A partir da segunda metade do século XVIII, nomeadamente com a doutrina de Vatel, o papel do cônsul e a atividade do consulado começam a ter relevância, passando a merecer atenção do legislador no que concerne ao conteúdo jurídico do consulado e dos próprios funcionários. Ao longo da história a figura do cônsul e a sua função tem sido alterada, acompanhado épocas e contextos culturas.

Na opinião de Zourek, a evolução da instituição consular deveu-se à necessidade de proteger o comércio, os comerciantes e os navegadores¹²³. Segundo o autor, a primeira fase de atividade do cônsul surge com o cônsul-juiz (século XIII ao XVI), posteriormente com o cônsul representante de Estado (século XVII ao século XIX) e a partir do século XIX o cônsul defensor do comércio e da navegação.

A história portuguesa está marcada por emigrações, pelo comércio e pelas navegações e consequentemente pelo fluxo de cidadãos, cuja proteção e a defesa deveriam ser asseguradas. Contudo, a proteção dos interesses nacionais no estrangeiro não era objeto de atenção à época.

O primeiro regime consular português, data de 1789 e a primeira referência ao direito interno consular surge em 1915, com César de Sousa Mendes com a publicação

¹²⁰ CONDIOTI, Alberto M. (1925) *Historia de la Institución Consular en la Antigüedad y en la Edad Media*., ed. Fundação de Macau. Pp. 7-57.

¹²¹ VATEL, Emmerich (1916) *Le Droit dugens de Principes de la Lois Naturelle*. Washington. Carnegie Instituto.

¹²² CONDIOTI, Alberto M. (1925) *Historia de la Institución Consular en la Antigüedad y en la Edad Media*., ed. Fundação de Macau. Pp. 7-57

¹²³ ZOUREK, Jaroslav (1957) "Consular intercourse and immunities" in *Document A/CN.4/108 Annuaire de la Comission du Droit Internacional*. Pp. 82 e seguintes.

de “*Casamentos Diplomáticos e Consulares*”.

Na Grécia falamos do *proxenes* e da *proxenia*, a génese da instituição consular.

*Os proxenes assumem funções de representantes e protetores dos estrangeiros juntos dos órgãos políticos... Representam os estrangeiros em nome e no interesse dos seus representados junto dos Tribunais e das assembleias e demais instituições públicas*¹²⁴.

Em Roma, Cícero apresenta-nos o *patronus* e o *praetor perigrinus*, embora este último tenha apenas a aptidão para aplicar o *ius gentius* (direito interno romano) e não o direito internacional, ou seja, a sua função passaria pela resolução de litígios entre estrangeiros no seu território de origem¹²⁵.

Com o aparecimento do “*princípio da personalidade do direito*”, princípio segundo o qual as normas internas de um território não poderiam ser aplicadas ao estrangeiro, aliado a atividades que exigiam o intercâmbio da moeda e consequentemente o aparecimento de cidades povoadas por mercadores das mais diversas nacionalidades, surge um crescimento exponencial de cidadãos que precisavam de proteção no exercício das suas atividades. Neste contexto, surge o cônsul nas suas funções atuais e a instituição consular como tal¹²⁶.

Já no século XVI, com os Descobrimentos, surgiram alterações no mapa internacional, mudança que fez despontar as relações internacionais, que por sua vez exigiam um controlo e proteção por parte de todos os Estados. Com a crescente dinâmica no comércio e consequentes relações entre os Estados, começam a surgir os conflitos entre Nações, o que produzirá efeitos na função da instituição consular. Neste panorama, “*o Estado passa a ser um enviado oficial do Estado*”, e “*o princípio da personalidade da lei cede lugar ao princípio da territorialidade...*”, princípio que consagra o estrangeiro residente no território do Estado recetor, submisso à jurisdição nacional¹²⁷.

Com a intensa atividade diplomática dos Estados italianos no início da Idade

¹²⁴ BRITO, Wladimir. (2004) *Noções de Direito Consular*, Coimbra, Coimbra Editora. Pp. 17

¹²⁵ Ibidem.

¹²⁶ Ibidem. Pp. 23

¹²⁷ Ibidem. Pp. 29

Moderna, houve necessidade de representações diplomáticas permanente. A afirmação e a generalização da função dos Embaixadores (Chefes das Missões Diplomáticas Permanentes), até então praticamente desconhecida, passa a ter um papel fundamental¹²⁸. Neste contexto, a importância das funções do cônsul fez-se sentir pelos Estados com o desenvolvimento das atividades comerciais. Assim, são-lhe atribuídas competências no domínio das relações consulares e criada regulamentação a esse respeito.

*A partir dos séculos XVI e XVII o cônsul era considerado simultaneamente um representante e um funcionário do Estado de envio, pelo que lhe era reconhecido um estatuto de Ministro Público, qualidade esta que permitia gozar de privilégios e imunidades diplomáticas indispensáveis ao livre e pleno exercício das suas importantes funções*¹²⁹.

No direito interno português, a conceito de cônsul tem sofrido algumas alterações. De acordo com a legislação mais antiga, o Regulamento de 1851, os cônsules são funcionários de um Estado nomeados pelo respetivo Chefe de Estado, para proteger os interesses e atividades do seu Estado e dos nacionais, num contexto de promoção do comércio e da navegação¹³⁰.

Segundo Silvestre Pinheiro Ferreira¹³¹, com base na Lei da Organização da Secretaria de Estado dos Negócios Estrangeiros (1901) e do Regulamento Consular de 1903, “os cônsules são funcionários do Estado que promovem e defendem os interesses deste e dos seus nacionais no território de outro Estado”.

Atualmente, praticamente não tem havido referências ao conceito de cônsul na doutrina portuguesa. Apenas Armando Martins, nas suas anotações ao Regulamento Consular Português de 1920¹³², aceita que a função consular tem um “caráter público”,

¹²⁸ MAGALHÃES, José Cavet (2005). *Manual Diplomático*, Lisboa, Editora Bizâncio. Pp. 29.

¹²⁹ BRITO, Wladimir. (2004) *Noções de Direito Consular*, Coimbra, Coimbra Editora. Pp. 31.

¹³⁰ Ibidem.

¹³¹ FERREIRA, Silvestre Pinheiro (1910) *Estudos de Direito Internacional*, Coimbra, Coimbra Editora. Pp. 474

¹³² MARTINS, Armando (1948) *Regulamento Consular Português, atualizado e comentado*, Porto, Livraria Simões Lopes. Pp. 16-19

revestida de um “*duplo aspeto de defesa dos interesses gerais e dos interesses dos cidadãos*”. Defende, ainda, que o Cônsul é um “*funcionário ao serviço da coletividade*”.

A definição do conceito surge de duas fontes: Direito Convencional Internacional e da doutrina internacional. O Cônsul é:

*Um agente internacional de um Estado nomeado para exercer funções de natureza jurídico-pública (notariado e registo), comercial, económica e social, e para, nestes domínios, representar o Estado que o nomeia no território de outro Estado com o expreso consentimento deste*¹³³.

I. 1 POSITIVAÇÃO DAS RELAÇÕES DIPLOMÁTICAS E DAS RELAÇÕES CONSULARES

A negociação de privilégios, prerrogativas e imunidades, aliada à necessidade de estabelecer normas escritas que regulamentem a relações consulares e diplomáticas (anteriormente definidas em forma e conteúdo com base no uso e costume internacional), levou à criação, primeiramente, da Convenção de Viena para as Relações Diplomáticas (CVRD) de 1961, e posteriormente, projetada nos moldes da anterior, a Convenção de Viena sobre as Relações Consulares (CVRC) de 1963. Neste contexto, seria importante estabelecer os limites e abrangência do direito que é concedido aos representantes consulares e diplomáticos no estrangeiro.

Do Congresso de Viena, surgiram as primeiras normas internacionais escritas, em matéria de imunidades e privilégios dos diplomatas, com a consagração de uma hierarquia na carreira: Regulamento de Viena de 1815 sobre a Ordem de Precedência dos Agentes Diplomáticos.

Foram várias as tentativas de codificar o direito internacional consular, nomeadamente através de iniciativas individuais ou institucionais, no sentido de defender os interesses dos Estados, Estados preocupados essencialmente com a sua legislação e com a necessidade de acordos bilaterais nesta matéria. Contudo, a sua codificação com carácter universal e uniforme a todos os Estados era o desejado, não

¹³³ BRITO, Wladimir. (2004) *Noções de Direito Consular*, Coimbra, Coimbra Editora. Pp. 52

obstante da importância dos projetos individuais, que incentivaram à consciencialização dos Estados para a importância da regulamentação abrangente nesta matéria¹³⁴.

Foi com a Comissão de Direito Internacional, criada pelas Nações Unidas, que na sua primeira sessão organizou um conjunto de tópicos, com o objetivo de uma possível codificação de normas reguladoras das relações e da estipulação de imunidades diplomáticas.

Só em 1952 se formalizou a codificação, a pedido ex-Jugoslávia à Assembleia Geral que, devido a violações por parte da ex – União Soviética e bloco socialista durante a Guerra Fria¹³⁵, se deveria dar prioridade à sua positivação, coibindo abusos por parte dos representantes. A 5 de dezembro do mesmo ano, a Assembleia Geral na *Resolução 685 (VII) de 5 de dezembro de 1952*, reitera a necessidade de dar prioridade à codificação das normas nessa matéria, solicitando à Comissão de Direito Internacional que iniciasse trabalhos.

Foi com a presença de 81 Estados, organizações não- governamentais como observadoras e agências especializadas, reunidas no Congresso de Viena de 1815, que se consciencializou os Estados para a importância da existência de um instrumento segundo o qual se definissem e limitassem normas proveniente do costume, promovendo o desenvolvimento do direito internacional no domínio das relações consulares e diplomáticas.

Em 1961 foi adotada pelos mesmos Estados a CVRD de 1961, instrumento que orientava particularmente as missões diplomáticas permanentes, evitando excessos e estipulando a abrangência da aplicação das normas.

As iniciativas de Organizações Internacionais Governamentais, nomeadamente da ONU e do Conselho da Europa, vieram dar forma à sua consagração. Por exemplo, Assembleia Geral da Sociedade das Nações (SdN) nomeia um Comité de Peritos para a Codificação do Direito Internacional, incumbindo o mesmo de resolver a questão jurídica dos cônsules, reiterando “*como indispensável para evitar os conflitos que a falta de regras precisas sobre a matéria acabaria sempre por causar*”¹³⁶.

A cargo da Comissão de Direito Internacional foi apresentado à Assembleia

¹³⁴ BRITO, Wladimir. (2004) *Noções de Direito Consular*, Coimbra, Coimbra Editora.

¹³⁵ UN. Doc. A/CS/SR. Pp. 568 e seguintes.

¹³⁶ BRITO, Wladimir. (2004) *Noções de Direito Consular*, Coimbra, Coimbra Editora. Pp. 41.

Geral, setenta e um artigos regulamentares das atividades e das garantias consulares¹³⁷, mas foi na Conferência de Abril de 1963 que a Assembleia Geral analisou a questão e, por unanimidade, foi adotada a Convenção de Viena sobre as Relações Consulares de 1963, composta por setenta e nove artigos. Finalmente, outro grande projeto foi o concedido pelo Conselho da Europa em 1967.

No que diz respeito ao Direito Internacional Consular, apenas se tornou possível a sua codificação já no século XX, com caráter regional, a Convenção de Havana sobre as Relações Consulares de 1928, e, posteriormente, já na segunda metade do século, e desta vez com caráter universal, a Convenção de Viena sobre as Relações Consulares de 1963.

*Undoubtedly the single most important event in the entire history of the consular institution*¹³⁸

A Convenção Europeia sobre as Funções Consulares de 1967¹³⁹ veio complementar a Convenção de Viena sobre as Relações Consulares de 1963, limitando-se apenas a funções consulares, uma vez que a Convenção de Viena sobre as Relações Consulares de 1963 não regulamentava com a profundidade necessária esta matéria. No seu preâmbulo, sublinha-se “*que as questões não regulamentadas pela presente Convenção continuarão a ser regidas pelo direito internacional consuetudinário*”.

Todas estas iniciativas criaram condições jurídico-políticas ao nível internacional para a elaboração de uma Convenção com amplitude universal em matéria consular. Inspiradas pelo Direito Internacional Costumeiro, o processo de codificação efetivou-se com a possibilidade dos Estados celebrarem “*acordos bi ou plurilaterais com o respeito pelas normas estipuladas nas Convenções*”¹⁴⁰.

1.1.1 Em Portugal

De forma clara, o Estatuto de Cônsul surge na legislação interna através do Decreto de 26 de novembro de 1851 (Regulamento Consular). Dada a preocupação

¹³⁷ ZOUREK, Jaroslav (1957) “Consular intercourse and immunities” in *Document A/CN.4/108 Annuaire de la Commission du Droit International*. Pp. 89 e seguintes.

¹³⁸ LEE, Luke T. (1991) *Consular law and practice*, 2nd ed, New York, Oxford University Press. Pp. 26

¹³⁹ <http://www.coe.int/pt/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/061/signatures>

¹⁴⁰ BRITO, Wladimir. (2004) *Noções de Direito Consular*, Coimbra, Coimbra Editora. Pp. 43

de acompanhar o regime político português e da adaptação da legislação às exigências internacionais foram, a partir daqui, vários os Decretos que regulamentaram as atividades do cônsul: “Decreto de 24 de dezembro de 1901 (Lei Orgânica da Secretaria de Estado dos Negócios Estrangeiros), o Decreto de 8 de agosto de 1903 (Criação das Missões de Tóquio e de Pequim), pelo Decreto de 24 de dezembro de 1903 (Regulamento Consular), pelo Decreto-Lei n.º 47.331, de 23 de novembro de 1966 (Lei Orgânica do Ministério dos Negócios Estrangeiros), pelo Decreto-Lei n.º 47.478, de 31 de dezembro de 1966 (Regulamento do MNE e pelo Decreto-Lei n.º 381/97, de 30 de dezembro (*Regulamento Consular*)”¹⁴¹.

Atualmente é o Regulamento Consular de 1997, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 381/97 de 30 de dezembro¹⁴² que regula a “*categoria, nomeação e investidura do cônsul*”. Em matéria das relações e imunidades consulares encontram-se codificadas pela Convenção de Viena sobre as Relações Consulares (CVRC) de 24 de abril de 1963, no entanto, há inúmeras normas de Direito internacional contidas em diversos tratados de comércio, navegação, amizade, etc. (artigo 73.º da CVRC)¹⁴³.

I.2 DIREITO CONSULAR *VERSUS* DIREITO DIPLOMÁTICO

Na Antiguidade Clássica, a utilização do termo *Embaixador* era atribuída ao sujeito que tinha como principal função a entrega das mensagens, de príncipe para príncipe, comunicando a guerra, sugerindo a paz, etc... Devido à complexidade e dinâmica das relações com outros Estados e devido à importância das missões, tornou-se possível a delegação da função de Embaixador a um homem de confiança. A complexidade da função do Embaixador confirmou-se logo na Idade Média com os próprios diplomatas a instruir os futuros diplomatas. A partir de então, a diplomacia começou a ser exercida apenas por homens sábios e de prestígio¹⁴⁴.

Com os sucessivos acontecimentos ao longo do século V, nomeadamente com o renascimento, com o descobrimento da América e com a queda do império bizantino. As negociações continuaram, e cada vez com mais intensidade a dar à

¹⁴¹ Ibidem. Pp. 37.

¹⁴² I.ª série, n.º 300 em *Diário da República*.

¹⁴³ MARTINS, Margarida D'Oliveira (2011). *Direito Diplomático e Consular*, Lisboa, Universidade Lusíada. Pp. 30

¹⁴⁴ BRITO, Wladimir. (2004) *Noções de Direito Consular*, Coimbra, Coimbra Editora.

diplomacia um papel dinâmico e importância.

Com a Paz de Vestefália alicerçada à doutrina do equilíbrio entre Estados e à ideia do *policimento entre Estados*, o uso de delegações fixas foi consagrado definitivamente, uma vez que se tornou indispensável o envio de missões. Foi a partir do final do século XVIII que a definição de diplomacia como “*ciência das relações praticadas entre diversos Estados*” começou a ser utilizada¹⁴⁵.

Inicialmente, os únicos sujeitos de Direito Internacional Público e consequentemente os únicos com responsabilidade internacional eram os Estados. Durante alguns séculos (XVI e XVIII) a responsabilidade do Estado passava por impedir os seus súbditos de agirem ilicitamente¹⁴⁶ e era através da diplomacia que os Estados resolviam a violação das obrigações em matéria de responsabilidade internacional.

Com o desenvolvimento do comércio e das negociações ao nível internacional, com o aparecimento de outros sujeitos de Direito Internacional e da própria evolução do Direito Internacional, era cada vez mais importante o cumprimento de normas internacionais inerentes à responsabilidade dos Estados, assim como à definição de regras jurídicas¹⁴⁷.

O conceito atual de diplomacia é relativamente recente, embora já se utilizassem definições noutros termos, termos noutras definições e, consequentemente, funções que eram atribuídas, corolário do desenvolvimento das relações internacionais e das subseqüentes exigências¹⁴⁸.

Com a dinâmica e complexidade das relações internacionais o direito internacional encarrega-se de regulamentar a forma, os procedimentos e os órgãos que despenham estas tarefas, nomeadamente das relações permanentes entre os Estados, entre Estados e organizações internacionais, entre organizações internacionais, assim como o envio de missões tanto temporárias como *ad hoc*¹⁴⁹.

A conceção clássica de diplomacia foi sofrendo alterações, designadamente, as funções dos seus agentes que se estendem além do âmbito puramente político e que

¹⁴⁵ Ibidem.

¹⁴⁶ ZAYTSEVA, Oexandra. (2014) *Responsabilidade Internacional dos Estados: Projeto da Comissão de Direito Internacional sobre a Responsabilidade dos Estados por atos internacionalmente ilícitos*. Disponível em: http://recil.grupolusofona.pt/bitstream/handle/10437/6396/jurismat4_369-390.pdf?sequence=1

¹⁴⁷ Ibidem.

¹⁴⁸ MARTINS, Margarida D'Oliveira (2011). *Direito Diplomático e Consular*, Lisboa, Universidade Lusíada.

¹⁴⁹ MARTINS, Margarida D'Oliveira (2011). *Direito Diplomático e Consular*, Lisboa, Universidade Lusíada. Pp. 27

estão consagradas no artigo 3.º, alínea e) da CVRD e artigo 5.º, alínea b) da CVRC.

O Direito Consular reúne normas jurídicas que regulam as relações consulares, e em particular a instituição consular e os seus agentes¹⁵⁰. Neste panorama, as funções consulares acabaram por sofrer algumas alterações, uma vez que a intervenção dos agentes consulares focava-se essencialmente nas áreas do comércio e da navegação e, atualmente, prevalecem funções ligadas à circulação das pessoas, nomeadamente, na proteção e assistência dos nacionais residentes em territórios de outro Estado¹⁵¹.

O Direito Diplomático é, portanto, um conjunto de normas que regulam a atividade de um delegado cujas funções são a de representar no exterior, de desenvolver/criar relações harmoniosas. Regulamenta relações diplomáticas no geral, sejam elas bilaterais ou multilaterais, permanentes ou *ad hoc*¹⁵².

Os procedimentos em que se desenvolvem as atividades de proteção consular e diplomática são diferentes. Contudo, tanto da proteção consular como na proteção diplomática, têm como beneficiários os nacionais do Estado que envia.

O conteúdo da atividade diplomática é bastante complexo e abrangente. A amplitude das funções permite incorporar as atividades consulares, como diz a letra da CVRC no seu artigo 3.º: “as funções consulares serão exercidas por postos consulares. Serão também exercidas por missões diplomáticas em conformidade com as disposições da presente Convenção.”, reforçado com o disposto no parágrafo 2.º do artigo 3.º da CVRD: “... nenhuma disposição da presente Convenção poderá ser interpretada como impedindo o exercício das funções consulares pela missão diplomática”. Discriminadamente, os elementos que caracterizam a função diplomática são a “representação, proteção, informação, promoção e negociação” (artigo 3.º da CVRD).

É perceptível a força que tem a função diplomática no âmbito das relações internacionais, nomeadamente no que diz respeito a proteção/representação dos interesses tanto do Estado como dos seus cidadãos, designadamente, quando o Estado que envia pode prescindir de pedir autorização ao Estado recetor quando a missão diplomática assume funções consulares, instalando à rebeldia do Estado recetor, uma

¹⁵⁰ Ibidem. Pp. 30

¹⁵¹ Caso do pessoal diplomático e consular dos Estados Unidos em Terrão: <http://www.icj-cij.org/docket/files/64/6291.pdf>

¹⁵² MARTINS, Margarida D'Oliveira (2011). *Direito Diplomático e Consular*, Lisboa, Universidade Lusíada

chancelaria consular¹⁵³.

A CVRC prevê que “num Estado em que o Estado que envia não tiver missão diplomática e não estiver representado pela de um terceiro Estado, um funcionário consular poderá ser incumbido, com o consentimento do Estado recetor, e sem prejuízo do seu status consular, de praticar atos diplomáticos” (artigo 17.º, n.º 1 da CVRC), assim como “...atuar como representante do Estado que envia junto a qualquer organização intergovernamental.” (artigo 17.º, n.º 1 da CVRC). Contudo, a importância da missão diplomática é demonstrada ao longo de toda Convenção, nomeadamente no que diz à possibilidade de penetração no local da repartição consular através de um pedido de autorização pelas autoridades: “...com o consentimento do chefe da repartição consular... ou do chefe da missão diplomática do Estado que envia.” (artigo 31.º, n.º 2 da CVRC).

O cônsul, por sua vez, não representa o Estado junto do Estado recetor, pois o seu contato passa apenas pelas autoridades locais e não centrais. As suas matérias acabam por ter carácter administrativo¹⁵⁴, e as suas funções não são afetadas pelo que sucede na arena política, cujos acontecimentos afetam diretamente a função diplomática.

A “*extensão externa do serviço público*” de um Estado para outro Estado é praticada pelos serviços consulares (não obstante de ser exercido pelas missões diplomáticas). Muitas vezes, cidadãos instalados permanentemente ou provisoriamente em território estrangeiro, têm necessidade de recorrer aos serviços públicos nacionais para fazerem valer os seus direitos e cumprir as obrigações¹⁵⁵. Cabe ao posto consular atuar no sentido de auxiliar os seus nacionais no estrangeiro, no que diz respeito ao registo civil, notariado, recenseamento eleitoral, emissão de transportes, etc... O mesmo se aplica à circulação de transportes e mercadorias, aquando da exigência de formalidades documentais em território estrangeiro¹⁵⁶.

Os serviços consulares acabam por, ao inverso das missões diplomáticas, representar fisicamente e exercer efetivamente as funções dos serviços públicos no estrangeiro. Enquanto que, as missões diplomáticas, têm uma função ativa na arena política/económica/financeira geral do Estado e no exercício das funções acima

¹⁵³ Ibidem. Pp. 123

¹⁵⁴ Ibidem. Pp. 124

¹⁵⁵ MAGALHÃES, José Cavet (2005). *Manual Diplomático*, Lisboa, Editora Bizâncio. Pp. 50

¹⁵⁶ Ibidem. Pp. 51.

indicadas.

Apesar de relações distintas, as relações diplomáticas e as relações consulares estabelecem-se por consentimento mútuo (artigo 2.º, n.º 1 da CVRC). No entanto, é importante frisar que, segundo o artigo 2.º, n.º 2 da CVRC, a fixação de relações diplomáticas compromete o consentimento para estabelecimento de relações consulares (artigo 2.º, n.º 2 da CVRC). De referir ainda que são ambas relações de natureza distinta, uma vez que o facto de dois Estados não estabelecerem relações diplomáticas, não implica que não estabeleçam relações consulares e inversamente pela negativa, a sua rutura não origina rutura das relações consulares (artigo 2.º, n.º 3 da CVRC), e vice-versa.

Em termos jurídicos e em conformidade com a prática internacional, a atuação do diplomata somente é legítima no limite, quando todos os meios de resolução convencionais, pela legislação interna, já foram esgotados. No que diz respeito à intervenção do consulado (sob autoridade de missão, artigo 1.º, n.º 1, alínea a) da CVRC), é permitida a sua ação em fases intermédias de um processo.

Num processo judicial no estrangeiro que envolve um cidadão deslocado, a presença efetiva do consulado e a persecução das suas funções de assistência são indispensáveis para o desenvolvimento justo do caso. A assistência consular permite aos funcionários consulares comunicarem com os seus nacionais e de se dirigirem às autoridades locais, evitando que o seu nacional seja alvo de injustiças em fases do processo (direito a um processo justo). Neste sentido, o consulado assume um papel fulcral na proteção de direitos humanos dos seus nacionais em processos judiciais no estrangeiro.

I.3 ATIVIDADE DO CÔNSUL

Para Vattel, “cônsul é um agente do monarca encarregado de tratar dos seus negócios no território de outro Estado”¹⁵⁷, contudo, ao longo dos séculos as funções do cônsul têm sofrido alterações, nomeadamente com o destaque dado à figura do diplomata como um agente de representação dos interesses do Estado e com atribuições de matéria política.

¹⁵⁷ VATEL, Emmerich (1916) *Le Droit dugens de Principes de la Lois Naturelle*. Washington. Carnegie Instituto.

Uma vez que a figura do cônsul pode ou não ser funcionário do Estado e que as “modalidades de nomeação e a admissão dos chefes de posto consular são fixadas pelas leis, regulamentos e práticas do Estado que envia e do Estado recetor, respetivamente...” (artigo 10.º, n.º 2 da CVRC), segundo Wladimir, o cônsul é um agente internacional de um Estado nomeado para exercer funções de natureza jurídico-pública (notariado e registo), comercial, económica e social, e para, nestes domínios, representar o Estado que o nomeia no território do outro Estado com o expresse consentimento deste¹⁵⁸.

Em instrumentos internacionais a figura do cônsul é sempre apresentada como um agente ou funcionário do Estado de envio, designadamente na Convenção de Havana sobre o Direito Consular de 1928, assim como no artigo 1.º, alínea g) e n.º 2 do artigo 1.º da CVRC.

É importante fazer uma distinção entre duas modalidades de agentes/funcionários consulares: cônsul de carreira e cônsul honorário. Cônsul honorário não é um funcionário do Estado, pode ser um cidadão nacional ou estrangeiro e pode exercer uma profissão no Estado recetor, ao invés do cônsul de carreira que é assumido como um funcionário nacional do Estado que representa e não pode exercer uma qualquer profissão além de cônsul¹⁵⁹.

O cônsul *missus*, ou cônsul de carreira é um nacional do Estado que representa, escolhido por este último, enviado para o território de outro Estado. Contrariamente ao cônsul de carreira, o cônsul *electus* ou cônsul honorário é escolhido de entre cidadãos de um segundo Estado, escolhido por um terceiro Estado.

A CVRC distingue as duas categorias no artigo 1.º, n.º 2 e separa as disposições aplicáveis aos postos consulares onde exercem funções de cônsules de carreira (artigos 28.º a 57.º) e o previsto nos artigos 58.º a 68.º, disposições aplicadas aos cônsules honorários.

No ordenamento português a figura do cônsul remonta ao Regulamento de 1851, em que os cônsules “são funcionários de um Estado nomeados pelo respetivo Chefe de Estado para promover o comércio e a navegação”, e proteger os interesses gerais do Estado e dos seus cidadãos. Instrumentos como a Lei Organização da Secretária de Estado dos Negócios Estrangeiros e do Regulamento Consular de 1903, estipulam que

¹⁵⁸ Ibidem. Pp 48

¹⁵⁹ BRITO, Wladimir. (2004) *Noções de Direito Consular*, Coimbra, Coimbra Editora.

os cônsules são “*funcionários do Estado*” que defendem os interesses do seu Estado e dos seus nacionais num Estado terceiro, ou seja, a sua função é de carácter público. A doutrina consagrada no Regulamento Consular de 1920 realça o “*carácter público da função consular*”, definindo o cônsul como um “*funcionário ao serviço da coletividade*”, desempenhando funções de “*defesa dos interesses gerais e dos interesses dos cidadãos*”.

No que diz respeito a Portugal, não existem referências ao direito diplomático e consular, nomeadamente no que concerne à definição de conceitos e legislação nacional analisada pelos especialistas, como tal, a doutrina nacional adota o que é consagrado pelo Direito Internacional. Assim, o cônsul é “*um agente internacional de um Estado nomeado para exercer funções de natureza jurídico-pública (notariado e registo), comercial, económico e social, e para, nestes domínios, representar o Estado que o nomeia no território de outro Estado como expresse consentimento deste*”¹⁶⁰.

As funções consulares são variadíssimas e constam do artigo 5.º da CVRC. Têm funções de carácter administrativo, notarial de proteção dos nacionais, de informação do Estado, assim como de colaboração com os tribunais judiciais e exerce funções no domínio da navegação e do comércio. Para o exercício destas funções, existe um Posto Consular no Estado recetor e, se possível, a faculdade de receção de assistência consular, previsto no direito interno do Estado.

Moreover, under Article 36, paragraph 1 (c), the sending State's right to provide consular assistance to the detained person may not be exercised "if he expressly opposes such action". (Caso LaGrand, TIJ, 2001. Parágrafo 77.¹⁶¹).

I.4 PRIVILÉGIOS, IMUNIDADES E FACILIDADES

As prerrogativas consulares dizem respeito à ausência de jurisdição em matéria civil, penal e administrativa (imunidades), a um conjunto de bonificações especiais concedidas aos cônsules (facilidades), assim como ao tratamento especializado que

¹⁶⁰ BRITO, Wladimir. (2004) *Noções de Direito Consular*, Coimbra, Coimbra Editora. Pp. 52.

¹⁶¹ Acórdão do TIJ, de 27 de junho de 2001, Caso LaGrand (Alemanha vs EUA). Consultado em: <http://www.icj-cij.org/>

dispensa da aplicação da lei comum e geral a pessoas singulares e coletivas residentes no Estado de envio (privilégios).

A doutrina não é unânime no que diz respeito ao reconhecimento de privilégios, facilidades e imunidades à figura do cônsul. Na legislação interna dos Estados são poucos aqueles que integram normas sobre privilégios e imunidades e “*até mesmo à organização e situação jurídica dos cônsules*”¹⁶².

Com a emergência das missões diplomáticas permanentes e a subjugação da atividade do cônsul às atividades do diplomata, as prerrogativas aplicadas ao cônsul, nomeadamente privilégios e imunidade não têm base legal¹⁶³.

Até ao século XIX era reserva absoluta dos representantes do monarca (Embaixadores) o usufruto dos privilégios e imunidades, contudo, embora o cônsul não fosse funcionário público, os privilégios e imunidades, são-lhe concedidos uma vez que está ao serviço do soberano e, uma vez recebido num território para desempenhar funções, “*deve gozar de proteção do Direito das Gentes*”¹⁶⁴.

Segundo Vattel, o “*cônsul não é um Ministro Público*” e tendo em conta as oficiais funções da figura, assume que são necessárias imunidades e privilégios para o desempenho “*livre e eficaz*” das suas funções.

I.4.1 Privilégios, Imunidades e Facilidades do Posto Consular

As imunidades consagradas consubstanciam-se na inviolabilidade tanto do posto consular como dos seus bens móveis, arquivos e documentos. A inviolabilidade dos postos consulares, reconhecida pelo artigo 39.º da CVRC, implica na letra da Convenção, a não adoção pelo Estado recetor de ações que impliquem a violação dos locais e a adoção de medidas de proteção dos “*locais da missão, dos bens móveis, arquivos e documentos*” (artigo 22.º, n.º 2).

Segundo Luke T. Lee a questão da inviolabilidade do posto consular suscitou opiniões divergentes na doutrina: uma que rejeita a necessidade de inviolabilidade do posto consular, argumentando que uma vez que não sendo uma missão diplomática,

¹⁶² BRITO, Wladimir. (2004) *Noções de Direito Consular*, Coimbra, Coimbra Editora. Pp. 131

¹⁶³ Ibidem.

¹⁶⁴ Ibidem.

não deveria gozar de isenção de jurisdição local, pois é uma norma consagrada pelo direito internacional às missões diplomáticas, e outros autores que defendam a doutrina de que o Estado de envio é soberano, o posto consular deve gozar de inviolabilidade¹⁶⁵.

A inviolabilidade do posto consular é uma prerrogativa importante, na medida em que protege e assegura o desempenho das funções consulares, medidas que devem ser respeitadas pelo Estado recetor, que deve cumprir com as suas obrigações neste sentido. Contudo, a inviolabilidade precisa de ser condicionada, designadamente quando o local não é utilizado para fins da missão consular, uma vez que esta prerrogativa apenas se aplica no exercício das funções consulares atribuídas.

“O Estado recetor terá a obrigação especial de tomar medidas apropriadas para evitar que as instalações consulares sejam invadidas ou danificadas, assim como para impedir que a tranquilidade do posto seja perturbada ou se atente contra a sua dignidade.” (artigo 31.º, n.º 3 da CVRC de 1963).

A inviolabilidade do posto consular acaba por não ser absoluta, uma vez que surge uma exceção à regra geral: *“salvo com o consentimento do chefe de posto consular, da pessoa por ele designada ou pelo chefe da missão diplomática do Estado que envia”* (artigo 31.º, n.º 2 da CVRC) é permitida a entrada consulares pelas autoridades do Estado recetor nas instalações. Caso contrário, nenhum Estado poderá invadir e penetrar o posto sem o expresse consentimento do cônsul. Esta exceção é aplicada apenas em situações que ponham em causa a segurança pública, nomeadamente, incêndio, catástrofe, etc. Nestes casos especificamente, o consentimento poderá ser presumido.

Existem deveres por parte do Estado recetor que garantem esta inviolabilidade, nomeadamente o dever de *“tomar medidas apropriadas para evitar que as instalações consulares sejam danificadas ou invadidas”* e o dever de garantir *“a tranquilidade do posto”* (artigo 31.º, n.º 3 da CVRC). Em caso de expropriação dos móveis ou bens ou meios

¹⁶⁵ LEE, Luke T. (1991) *Consular law and practice*, 2nd ed, New York, Oxford University Press.

de transporte “*serão tomadas todas as disposições apropriadas para que não se perturbe o exercício das funções consulares*” (artigo 31.º, n.º 4 da CVRC), medidas que constituem uma obrigação do Estado recetor. Apesar de não estar contemplado na Convenção a obrigação de “*não fazer buscas nos locais do posto consular*” está subentendido no disposto do artigo 31.º, n.º 1 que consagra que as “*instalações consulares são invioláveis*”¹⁶⁶.

Nos termos do artigo 33.º da CVRC “*os arquivos e documentos consulares serão sempre invioláveis onde quer que se encontrem*”. Esta norma reforça a proteção dos arquivos e documentos que deve ser uma garantia mesmo fora do posto consular.

Genericamente, no que diz respeito às facilidades dos postos consulares, compete ao Estado recetor conceder “*todas as facilidades para o exercício das funções do posto consular*” (artigo 28.º da CVRC). Em específico, no ato de aquisição de instalações necessárias para o exercício das funções consulares, assim como de alojamento para os funcionários consulares, cabe ao Estado recetor facilitar na procura e no processo de aquisição (artigo 30.º, n.º 1 da CVRC).

A facilidade na liberdade comunicação prevista no artigo 36.º, n.º 1 deverá ser concedida a fim de “*facilitar o exercício das funções consulares*”. O Estado de envio tem o direito em regime de reciprocidade de “*comunicar com os nacionais do Estado que envia*” e de os visitar caso “*esteja encarcerado, preso preventivamente ou detido de qualquer outra maneira...*”.

Cabe ao Estado recetor adotar as medidas necessárias para a efetivação destas facilidades, uma vez que os seus instrumentos jurídicos “*não devem impedir o pleno efeito*” destes direitos.

A inviolabilidade da “*liberdade de comunicação*” (artigo 35.º) é um requisito da sua efetividade, que deve ser protegido e permitido pelo Estado recetor. Se o Estado recetor tem dúvidas do conteúdo legítimo da mala (correspondência, documentos, objetivos destinados ao exercício das funções consulares) e caso as autoridades do Estado de envio se recusarem a abrir, uma vez que “*os membros de um posto consular não serão obrigados... a exhibir correspondência ou documentos oficiais...*”, “*nem serão obrigados a depor sobre factos relacionados com o exercício das suas funções*” (artigo 44.º, n.º 3 da CVRC), têm o direito de a devolver.

¹⁶⁶ Ibidem. Pp 145.

A sua inviolabilidade garante que nem os arquivos, nem os documentos, nem a mala, nem a correspondência consular possam ser alvo de medidas judiciais/policiais, nomeadamente buscas e embargos que impossibilitem a sua livre circulação.

No que diz respeito aos privilégios, a “*liberdade de comunicação do posto para todos os fins oficiais*” (artigo 35.º) pressupõe, como refere Calvet Magalhães¹⁶⁷, “*vários corolários como a liberdade dos meios de comunicação, a inviolabilidade das malas diplomáticas e dos correios diplomáticos*” (neste contexto mala consular e correio oficial do posto consular), previstas na CVRC nos n.º 2 e 3 do artigo 35.º. É o princípio nuclear da atividade consular, pois sem ela dificilmente o cônsul poderia desempenhar as suas funções, uma vez que desta liberdade advém da liberdade de comunicação com os nacionais do Estado que envia (artigo 36.º), assim como com as entidades oficiais do mesmo Estado, cujo principal instrumento de que se serve para o exercício das suas funções é, de facto, o *correio consular*¹⁶⁸ presente na mala consular, devidamente identificada e munida de inviolabilidade (artigo 35.º, n.º 2 e 3).

A liberdade de comunicação traduz-se na “*essência da função consular*”, pois a proteção dos seus nacionais exige canais de comunicação livres, reforçados em situações de detenção ou prisão, em que a sua obrigação passa pela proteção jurídica e, naturalmente pela visita. Neste caso, a comunicação por parte do Estado recetor ao posto consular, exige-se rápida e eficaz. A isenção fiscal das “*instalações consulares e da residência do chefe consular*” (artigo 32.º), assim como as “*somas recebidas a título de taxas e emolumentos*” (artigo 39.º), são outros dos privilégios do posto consular.

Os membros do posto consular têm, também eles, “*liberdade de deslocação e circulação*” no território onde exercem funções (artigo 34.º). Contudo, tal liberdade de movimento não se sobrepõe ao respeito pelas leis e regulamento do Estado recetor, como tal, poderá ser “*limitada ou proibida por razões de segurança nacional*”.

O uso da bandeira e do escudo nacional previsto no artigo 29.º da CVRC é um direito-prática reconhecido ao nível internacional e, com base neste direito, a permissão do posto consular hastear a bandeira e colocar o escudo no edifício do posto consular, assim como nos meios de transportes aquando da sua utilização para fins oficiais, permitindo assinalar com exatidão local e meios da missão.

¹⁶⁷ MAGALHÃES, José Cavet (2005). *Manual Diplomático*, Lisboa, Editora Bizâncio. Pp. 58

¹⁶⁸ BRITO, Wladimir. (2004) *Noções de Direito Consular*, Coimbra, Coimbra Editora. Pp.146

I.4.2 Privilégios, Imunidades e Facilidades do Funcionário Consular

No que diz respeito aos agentes consulares e contrariamente com o que sucede com os agentes diplomáticos, os cônsules estão sujeitos à jurisdição penal, civil e administrativa do Estado recetor no que concerne a atos praticados no não exercício das suas funções. Contudo, mesmo no exercício das suas funções e com a confirmação do artigo 43.º da CVRC, cuja letra reitera que “*os funcionários consulares e os empregados consulares não estão sujeitos à jurisdição das autoridades judiciárias e administrativas do Estado nos atos realizados no exercício das suas funções*”, a imunidade jurisdicional não é absoluta e podem ser eventualmente presos por decisão definitiva da autoridade judicial competente, por crime grave (artigo 41.º n.ºs 1 e 2). Existem também algumas exceções no que diz respeito à imunidade da jurisdição civil previstas no artigo 43.º, n.º 2 alíneas a) e b). O problema coloca-se, naturalmente, na definição do que são efetivamente atos oficiais e não oficiais, o que é um ato praticado com fim a desempenhar as suas funções legítimas como funcionário consular e a sua qualificação e apreciação¹⁶⁹.

A proteção consular dos funcionários consulares é uma obrigação do Estado recetor que exige o tratamento respeitoso e a adoção de “*todas as medidas adequadas*” para evitar a ingerência na esfera pessoal dos funcionários (norma prevista no artigo 40.º).

A doutrina divide-se no que concerne à inviolabilidade pessoal dos funcionários consulares. Inicialmente, estas atribuições eram consagradas através de acordos bilaterais ou eram estabelecidas cláusulas de inviolabilidade pessoal interpretada, naturalmente, das mais diversas formas pelos vários Estados. Atualmente é o artigo 41.º, n.º 1.º que configura a inviolabilidade não absoluta do cônsul e funcionários consulares, embora sempre salvaguardados pelo Estado recetor¹⁷⁰ até decisão judicial definitiva.

É admitida a inviolabilidade pessoal nos crimes não graves, colocando-se, uma

¹⁶⁹ Ibidem. Pp. 154

¹⁷⁰ A respeito, aponto para o artigo 50.º, n.º 2, alínea b) do Projeto da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas sobre a Responsabilidade dos Estados. Disponível em: http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_6_2001.pdf - “2. A State taking countermeasures is not relieved from fulfilling its obligations: ... (b) to respect the inviolability of diplomatic or consular agents, premises, archives and documents.”

vez mais, a problemática das definições que, neste caso serão definidas em instrumentos jurídicos do Estado recetor, fator que diferencia o modo, limite e a liberdade de atuação, comunicação e deslocação dos funcionários consulares de Estado para Estado. No caso de crime grave efetivo, o funcionário tem a obrigação de “*comparecer perante as autoridades competentes*” (artigo 41.º, n.º 3).

O cônsul goza de imunidade de jurisdição penal, ou seja, não pode ser sujeito a um julgamento penal no exercício das suas funções. O problema coloca-se quando se levantam algumas dúvidas no que diz respeito a atos que podem ou não ser considerados atos que seguem os trâmites de atos praticados ao serviço e no interesse do Estado de envio, nomeadamente no que diz respeito a espionagem¹⁷¹. Genericamente, a espionagem não é um ato oficial, no entanto, a questão é dúbia, uma vez que documentos elaborados no seguimento das funções do cônsul podem ser considerados de fundamento ilícito (espionagem). Por exemplo, um relatório económico/político é um documento oficial e é função do agente consular apresentá-lo ao Estado de envio. É com o fundamento em situações desta natureza que vários autores defendem a inviolabilidade pessoal absoluta dos funcionários consulares.

No que diz respeito à imunidade de jurisdição civil, segundo Wladimir Brito, entende-se “*a isenção de o funcionário consular ser demandado perante os tribunais locais do Estado recetor por atos praticados no exercício das suas funções oficiais e que resulte danos ou prejuízos para terceiros*”. Coloca-se, insistentemente, o problema abordado anteriormente no que diz respeito à definição e limitação de atos oficiais e não oficiais.

A CVRC prevê duas exceções a ter em conta: A primeira (artigo 43.º, n.º 2, alínea a)) corresponde à esfera privada dos funcionários consulares aquando da celebração de contratos; a segunda pressupõe uma proteção de terceiros contra “*danos causados por acidente de veículo, navio ou aeronave ocorrido no Estado recetor*”. Em ambos os casos não pode ser invocada a imunidade de jurisdição civil.

Os membros do posto consular e o cônsul podem ser chamados a testemunhar no decorrer de processos, sendo que os empregados consulares e os membros do pessoal de serviço não poderão recusar depor como testemunhas (artigo 44.º, n.º 1 CVRC), embora não sejam obrigados a fazê-lo no que diz respeito a facto relativos ao exercício das suas funções (artigo 44.º, n.º 3). Nas palavras de Wladimir Brito a “*regra*

¹⁷¹ BRITO, Wladimir. (2004) *Noções de Direito Consular*, Coimbra, Coimbra Editora.

é a de não conceder aos funcionários consulares a imunidade de testemunhar”, embora a sua recusa não poderá acarretar sanções (artigo 44.º, n.º 1).

Abordando genericamente os privilégios dos funcionários consulares, falamos em isenção de pagamento de “*quaisquer impostos ou taxas, pessoais ou reais, nacionais ou regionais ou municipais*” pelos funcionários consulares e sua família, que não sejam nacionais do Estado recetor e nem exerçam qualquer atividade com fim lucrativo no mesmo Estado. Isenção de registos de estrangeiro e de autorização de residência (artigo 46.º), isenção de autorização de trabalho (artigo 47.º), isenção do regime de previdência social e segurança social (artigo 48.º), isenções aduaneiras (artigo 50.º) e isenção de prestações pessoais (artigo 52.º).

No caso de funcionários consulares nacionais do Estado recetor ou que residam permanentemente no seu território, assim como a sua família e dos funcionários consulares que exerçam outras atividades com fim lucrativo, as prerrogativas apresentadas deverão ser limitadas ao exercício das suas funções. Por esse motivo, o artigo 71.º da CVRC dá liberdade ao Estado recetor para decidir relativamente aos seus nacionais e o artigo 57.º, n.º 2 que expressa claramente a não atribuição dos mesmos privilégios e imunidades a estes funcionários.

Além das prerrogativas a cima apresentadas, os funcionários também têm alguns deveres, nomeadamente o de não utilizar o posto consular para fins incompatíveis com o exercício das funções (artigo 55.º, n.º 2), como por exemplo, asilar criminosos fugidos - que poderia ter como consequência a retirada do *exequatur*¹⁷² ao cônsul - respeitar as leis e regulamentos do Estado recetor (artigo 55.º, n.º 1) cumprindo as suas obrigações e o dever de não se imiscuir nos assuntos internos do Estado recetor¹⁷³.

¹⁷² A este respeito: artigo 12.º da *Convenção de Viena para as Relações Consulares* de 1963.

¹⁷³ BRITO, Wladimir. (2004) *Noções de Direito Consular*, Coimbra, Coimbra Editora

PARTE 3

CAPÍTULO IV

DIREITOS HUMANOS E ASSISTÊNCIA CONSULAR

I.1 FUNÇÕES DA ASSISTÊNCIA CONSULAR

A função consular baseia-se essencialmente na função de assistência, no que se refere à atividade, em termos genéricos, de prestar aos nacionais do Estado que o posto consular representa toda a ajuda, nomeadamente em termos de informação de que possam necessitar para tratar e resolver as questões pessoais e profissionais com que eventualmente tenham de lidar no Estado recetor. De qualquer modo, mesmo que não seja possível prestar a ajuda efetivamente requerida, o posto consular deve sempre dar a informação que seja mais adequada e que, de forma cabal, satisfaça a necessidade da pessoa que recorre aos serviços consulares¹⁷⁴.

Segundo Eduardo Vilariño¹⁷⁵, o exercício da assistência consular manifesta-se segundo dois aspetos fundamentais:

- A. O aspeto interno, que consiste na atuação do posto consular com recurso aos seus próprios meios ou com o apoio dos serviços do Estado que envia mas sempre à margem da intervenção das autoridades locais (Estado recetor). Neste caso, a função de assistência consular concretiza-se, desde logo, através da informação aplicada à situação específica, englobando quer as relações do indivíduo com o Estado de origem, quer a sua relação com as autoridades locais, quer o cumprimento do quadro jurídico, quer os aspetos atinentes à sua integração no ambiente sócio-económico local.

Incluem-se no aspeto interno outras situações igualmente importantes, como sejam o repatriamento, designadamente por motivos de saúde, apoios de tipo económico, bem como, nos casos de acordos bilaterais que o permitam, a condução dos processos administrativos para ingresso hospitalar nos países recetores ou noutros estabelecimentos para-hospitalares.

- B. O aspeto externo manifesta-se nos casos em que a intervenção do posto

¹⁷⁴ PINTOS, Eduardo Vilariño (2011). *Curso de Derecho Diplomático y Consular*, 4.ª edición, Madrid, Tecnos. Pp. 352

¹⁷⁵ Ibidem.

consular para prestar o apoio solicitado pelo nacional do Estado de origem exige o contacto com as autoridades locais do estado recetor ¹⁷⁶. Implica a capacidade e a possibilidade de o funcionário consular, sem necessidade de poderes mandatados expressos, atuar ante os tribunais e autoridades do Estado recetor para defender os direitos e interesses dos nacionais do Estado de origem¹⁷⁷.

Compulsados diversos autores, verifica-se que o conceito de assistência consular se apresenta bastante vago, o que dificulta a determinação da sua abrangência e definição os seus limites.

Se é certo que nenhum instrumento internacional poderia estabelecer, de forma exaustiva, as funções a desempenhar pelos cônsules em todas as circunstâncias, tão pouco poderia levar em consideração todas as circunstâncias de cada caso. Por outro lado, uma definição indevida poderia mesmo dificultar um relacionamento consular amigável entre os Estados-Membros, uma vez que cada um deles dá prioridade à salvaguarda dos seus próprios direitos¹⁷⁸. De acordo com Luke T. Lee, a função consular não tem uma definição exata no direito internacional, antes varia consoante o tempo e o lugar.

Dada a dificuldade de delimitar e definir o âmbito exato das funções consulares, certos organismos que se preocupam com a codificação do direito consular têm omitido qualquer tipo de enumerações de funções consulares. Porém, a impossibilidade de enumerar todas as funções consulares não deve impedir a enumeração das funções mais importantes¹⁷⁹.

A vaga definição do conceito carrega interpretações de diversa natureza¹⁸⁰, facto que resulta no conflito de valores e princípios entre dois Estados. No entanto, é unanimemente aceite que a assistência consular é um instrumento de garantia judicial que possibilita que o estrangeiro seja respeitado e de não serem violados os direitos

¹⁷⁶ Ibidem.

¹⁷⁷ Ibidem. Pp. 354

¹⁷⁸ LEE, Luke T. (1991) *Consular law and practice*, 2nd ed, New York, Oxford University Press. Pp. 116

¹⁷⁹ Ibidem. 117

¹⁸⁰ OKANO-HEIJMANS, Maaïke (2010). "Changes in Consular Assistance and the Emergence of Consular Diplomacy", The Hague, *Netherlands Institute of International Relations "Clingendael"* [online], *Clingendael Diplomacy Papers* n.º 26. Available: <http://www.corpoconsolarevenezia.it/documenti/Change-Consular-Assistance.pdf>

pela nacionalidade, assim como o respeito pela igualdade de circunstâncias de um estrangeiro no Estado recetor aquando do acesso necessário à Justiça.

O objetivo primordial do cônsul passa pela assistência, proteção e defesa dos seus nacionais no estrangeiro e as suas funções pressupõem a efetiva realização dos direitos com base na justiça e na equidade. É junto das autoridades locais do Estado recetor a sua área de atuação, assim como junto do cidadão a quem se destina a sua assistência e consequente proteção e defesa. Genericamente, o cônsul desenvolve ações de diversas naturezas, a fim de superar os obstáculos/dificuldades dos seus nacionais que, em Estado estrangeiro, não têm as mesmas oportunidades e destreza jurídica. Transformando em normas, a regra é apresentada no artigo 5.º da Convenção de Viena para as Relações Consulares, estipulando algumas especificidades presentes na alínea e) e i).

O esforço de oito anos de trabalho consciente e dedicado da Comissão de direito internacional não deverá ser descartado, uma vez que a lei internacional no que diz respeito a funções consulares estava confusa e a legislação interna da maioria dos países não define as funções consulares existentes¹⁸¹.

As funções protetoras dos cônsules podem ser encontradas em quase todos os tratados consulares pre-Viena. Assim, disposições que autorizam os cônsules de proteger, dentro da sua jurisdição consular, os direitos e interesses dos cidadãos podem ser encontradas nas Convenções consulares da Hungria, 1957, artigo 13.º; Roménia, 1957, artigo 14.º, Checoslováquia, 1957, artigo 13.º, Bulgária, 1957, artigo 14.º, Áustria, 1958, artigo 15.º; República Federal da Alemanha, 1958, artigo 16.º; República Democrática do Vietnam, 1959, artigo 14.º, e República Popular da China, 1959, artigo 14.º¹⁸².

Na ausência de tratados, os Estados-Membros geralmente são relutantes em aceitar o acesso consular. O exercício da proteção é muitas vezes incompatível com as prioridades no direito interno do Estado e o seu exercício pode ser temido pelo

¹⁸¹ LEE, Luke T. (1991) *Consular law and practice*, 2nd ed, New York, Oxford University Press. Pp. 117

¹⁸² PINTOS, Eduardo Vilariño (2011). *Curso de Derecho Diplomático y Consular*, 4.ª edición, Madrid, Tecnos.

Estado que recebe, uma vez que pode ser exercido de forma imprópria pelo cônsul estrangeiro¹⁸³.

O conceito de assistência consular aloca um duplo sentido: o direito do estrangeiro e o direito do próprio cônsul. Ou seja, o direito do nacional detido receber ajuda do seu Estado, e direito do cônsul de o proteger e defender. As regras adjacentes estão previstas no artigo 36.º, alínea a), alínea c) e alínea b), que embora devam ser respeitadas as leis e regulamento do Estado recetor, não devem impedir o pleno efeito dos direito do n.º I do mesmo artigo (artigo 36.º, n.º 2). Paralelamente atribui um dever/obrigação às autoridades competentes do Estado de envio de informar *sem tardar* o posto consular em casos de detenção, mesmo tendo o cônsul a legitimidade de exigir informações sobre qualquer incidente que tenha ocorrido, prejudicial para o seu cidadão¹⁸⁴. Obrigação que permite a concretização efetiva dos direitos tanto do estrangeiro de receber assistência, como o direito dos funcionários consulares de preparar a defesa, visitando e comunicando com o sujeito em questão.

Aliada à liberdade de comunicar livremente dos funcionários consulares com o seu nacional e a mesma liberdade do nacional de comunicar e se apresentar ao posto, fundamenta-se no dever geral de ambos os Estados de cooperação recíproca para que a sua função de assistência seja desempenhada com eficácia.

Naturalmente existem obstáculos que limitam o desempenho da função de assistência consular. Muito embora seja atribuído ao posto consular a faculdade de definir as competências segundo as quais pode desempenhar as suas funções, a sua atuação está sujeita às leis e regulamentos do Estado recetor. Este limite poderia ser atenuado com a obrigação, também do Estado recetor, de adequar a sua legislação interna aos instrumentos jurídicos internacionais a que está vinculado, designadamente a Convenção de Viena para as Relações Consulares. Além do mais, este limite nem deveria ser um obstáculo para o exercício da assistência consular, uma vez que o “*pleno efeito dos direitos reconhecidos*” na Convenção não poderá ser posto em causa pelas “*leis e regulamentos do Estado recetor*”. Neste prisma, é possível concluir que a estrutura das normas do direito de muitos países cria obstáculos para a observância e

¹⁸³ Ibidem. Pp. 129

¹⁸⁴ PINTOS, Eduardo Vilariño (2011). *Curso de Derecho Diplomático y Consular*, 4.ª edición, Madrid, Tecnos.

aplicação das suas obrigações internacionais, o que dificulta, conseqüentemente, o exercício das funções previstas nos instrumentos internacionais pelo Estado que envia.

Outro limite que se coloca prende-se com o desejo de vontade do indivíduo em receber a assistência a que tem direito. Apesar de ser obrigação das autoridades estrangeiras de informar o estrangeiro dos seus direitos, este pode não solicitar a assistência, conforme previsto no artigo 36.º, alínea c), e o posto consular terá de se abster de qualquer intervenção. Um terceiro limite diz respeito a diferenças de conceitos, valores e normas morais enraizados nos diferentes Estados da arena internacional. É um limite que se coloca à cooperação e à negociação entre Estados.

A assistência consular tem inúmeros benefícios para a permanência de um indivíduo no exterior, ultrapassando barreiras de carácter linguístico e cultural, assim como a sua defesa por profissionais especialistas quando necessário o acesso a instâncias e órgãos do Estado¹⁸⁵.

Em casos específicos de pena de morte, o artigo 36.º deve ser articulado com instrumentos de Direito Internacional de Direito Humanos, nomeadamente os adotados pela ONU, a Convenção Contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes e o essencial artigo 6.º do Pacto Internacional sobre o Direitos Civis e Políticos. Também o artigo 36.º poderá ser interpretado como uma tentativa de esbatimento de tratamento em função da nacionalidade em casos específicos de defesa de Direitos Humanos e penas graves como a pena de morte¹⁸⁶. Seria importante que o Direito Internacional desenvolvesse mecanismos que consagassem a efetiva aplicabilidade das normas já existentes em matéria de Direitos Humanos, por via da determinação de efeitos para a sua inobservância.

Citando o Comandante Ribeiro Santos, para Luke T. Lee, o direito à proteção dos nacionais é o mais sagrada e nobre atribuição do cônsul¹⁸⁷. Oppenheim reforça a ideia com o facto de esta ser uma tarefa muito importante do cônsul¹⁸⁸.

Luke T. Lee apresenta-nos 2 teorias no que diz respeito à avaliação do tratamento dado aos estrangeiros: *the minimum international standard* e *national treatment standard*. A teoria do *national treatment standard*, baseia-se no

¹⁸⁵ LEE, Luke T. (1991) *Consular law and practice*, 2nd ed, New York, Oxford University Press.

¹⁸⁶ A respeito: www.deathpenaltyinfo.org

¹⁸⁷ LEE, Luke T. (1991) *Consular law and practice*, 2nd ed, New York, Oxford University Press. Pp. 124

¹⁸⁸ A propósito: http://digitalcommons.uconn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1070&context=law_papers

tratamento/proteção igual dado ao estrangeiro como se fosse um nacional residente e a exercer a sua atividade profissional. Na teoria do *minimum international standard*, o tratamento do estrangeiro deve estar ao nível do *minimum international standard*. Para se verificar de se ações do governo para com os estrangeiros são adequadas é necessário compara-las com as normas internacionais. Essas normas normalmente e naturalmente estão sempre aquém do razoável e imparcial. Mais recentemente, surgiu uma terceira teoria com enfoque em Direitos Humanos, baseada na Carta das Nações Unidas, em particular no artigo 55.º e 56.^{o189}. A sugestão dada pelo autor seria uma maneira de definir limites suscetíveis de serem avaliados e comparados, no que diz respeito ao tratamento do estrangeiro deslocado do seu Estado de origem. Talvez viesse complementar o exercício das funções de assistência consular, no sentido em que era mais uma garantia e a salvaguarda do cidadão deslocado no estrangeiro. A sua formalização resultaria numa abrangência cada vez maior da assistência consular, que acabava por estar invocada em mais instrumentos internacionais.

I.2 IMPORTÂNCIA DA ASSISTÊNCIA CONSULAR PARA A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Antes dos anos 40, a conceção geral ao nível do Direito Internacional não considerava a possibilidade de ingerência em razão do modo como os Estados tratavam os seus próprios nacionais. Assim, quando considerados os Direitos Humanos como inerentes à sua natureza, existia um *international minimum standard of protection* que correspondia à diplomacia no tratamento de estrangeiros, mas em razão de ser nacional de outro Estado e não à condição de ser pessoa, não havendo, por exemplo, justificação para proteção dos direitos dos apátridas. Ainda não se pensava, nesta fase, que as instituições poderiam intervir na forma como os Estados tratam os seus nacionais.

A base kantiana tem sido muito aproveitada na contemporaneidade por alguns autores. Em “*A Paz Perpétua*”, Kant perspetiva uma paz definitiva com base no direito interno, no direito internacional e o “direito cosmopolita”, este último consagrado na possibilidade de um estrangeiro, ao chegar a um outro Estado, ser acolhido com o

¹⁸⁹ Ibidem. Pp. 130

respeito pelos seus direitos sem discriminação¹⁹⁰. Ou seja, o relacionamento entre os Estados além-fronteiras, com a sua efetivação no direito internacional.

Rawls, por outro lado, apresenta outro ponto de vista no que diz respeito a Direitos Humanos. Em "*A law of peoples*" traz uma teoria de justiça social, uma conceção política de constitucionalismo democrático, único e que garantiria os direitos. Na conceção desta teoria, um Estado poderia garantir os Direitos Humanos e mesmo assim ser injusto, pois entende que a justiça é mais ampla que a simples garantia dos Direitos Humanos. São, para ele, os direitos humanos, que justificam o reconhecimento de um Estado na comunidade internacional.

Após a 2.^a Guerra Mundial, começam a surgir as primeiras propostas de um código internacional de Direitos Humanos, tendo por base a *International Declaration of Rights of Men* de 1929. Em 1941, o presidente Roosevelt deixa uma mensagem no Congresso, mencionando que o Mundo está assente em quatro liberdades humanas essenciais - *freedom of speech and expression, freedom of worshipping a god in his own way, freedom from want, freedom from fear*. A Carta das Nações Unidas não foi alheia ao facto dos Direitos Humanos serem condições necessárias para a paz, como tal, refere-os no artigo 1.º, nos artigos. 55.º e 56.º.

James Griffin, em "*On Human Rights*" fala em "direitos morais universais", mas assentes na capacidade de escolher e de agir, podendo sempre qualquer ser humano determinar a sua vida. Utiliza, no entanto, um conceito muito controverso, o de "*worthwhile life*" ("vida que vale a pena viver"), sendo uma categoria que ele tenta preencher com direitos com base e fundamento moral e social que criam condições para a "*worthwhile life*".

O poder estatal começa, ao longo dos anos, a transbordar as suas próprias fronteiras, fator importante para o desenvolvimento das relações internacionais. Por exemplo, existem partes do Afeganistão controladas pelos EUA. Neste contexto, quem detém o controlo da proteção dos Direitos Humanos?

Ao longo da história assistimos à vontade de adotar mecanismos de *status quo* internacional, apelando aos Estados que unissem esforços para a resolução de diferendos por via pacífica. Foram perspectivadas algumas alternativas, nomeadamente a mediação, os bons ofícios e a arbitragem como meios de resolução pacífica de conflitos

¹⁹⁰ KANT, Immanuel (1917 ed.) [1795]. *Perpetual Peace: A Philosophical Essay*, translated with Introduction and Notes by M. Campbell Smith, with a Preface by L. Latta, London, George Allen and Unwin.

entre Estados. Em Haia, adotou-se a Convenção para a Resolução Pacífica de Conflitos Internacionais, modificada pela II Conferência de Haia, presenciada, pela primeira vez, por todas as nações civilizadas do Mundo, reunidas para estabelecer normas de convívio internacional, inclusive com a criação do tribunal de justiça arbitral internacional¹⁹¹. O resultado prático da Conferência e consequente Convenção fez-se notar, nomeadamente pela vontade dos Estados de adotarem acordos bilaterais de arbitragem, consagrando este meio de resolução pacífica de conflitos necessário e obrigatório.

Para o exercício da função de assistência consular em casos de cidadãos presos, para além da obrigação do posto consular, o Estado recetor tem obrigações e a vontade da pessoa presa é, neste contexto, relevante para o exercício dessa função. O Estado recetor, através das autoridades competentes, está obrigado a informar o posto consular da prisão em que se encontra o nacional do Estado, “sem atraso algum”, pelo que se exclui qualquer justificação de demora. Só não poderia ser imediata, unicamente se não fosse identificada a nacionalidade da pessoa presa, particularmente pela entrada ilegal, sem documentação alguma¹⁹². Contudo, por outro lado, esta obrigação é limitada, uma vez que se o cidadão não desejar a assistência consular do Estado de que é nacional, a assistência não pode ser exercida. Para o cidadão presa decidir se quer ou não ser assistido pelo posto consular do seu Estado, é necessário conhecer o direito e como tal, deverá ser informado dos seus direitos pelas autoridades competentes do Estado recetor sem atraso algum.

CASOS

A respeito desta última obrigação serão analisados os seguintes casos:

- A. Caso LaGrand (Alemanha vs EUA) – 27 de junho de 2001;
- B. Caso Avena e outros nacionais mexicanos (México vs EUA) – 31 de março de 2004;
- C. Caso Breard (Paraguai vs EUA) Petição Inicial do Paraguai contra os EUA e a contestação deste último – 1998.

¹⁹¹ FREITAS, Pedro Caridade (2012). *Portugal e a Comunidade Internacional*, Lisboa, QuidJuris.

¹⁹² PINTOS, Eduardo Vilariño (2011). *Curso de Derecho Diplomático y Consular*, 4.ª edición, Madrid, Tecnos. Pp. 354

A. CASO LA GRAND

Em 1982, Karl e Walter LaGrand, dois irmãos alemães foram detidos, julgados e condenados no Estado do Arizona por tentativa de assalto a um banco, cometendo um crime de homicídio e uma tentativa de homicídio. Karl LaGrand foi executado a 24 de fevereiro de 1999 e Walter LaGrand a 3 de março de 1999.

Embora as autoridades estivessem cientes da nacionalidade estrangeira dos irmãos, nenhum dos dois foi informado dos seus direitos ao abrigo da Convenção de Viena sobre as Relações Consulares de 1963, incluindo o direito da assistência consular consagrado no artigo 36.º, que prevê obrigações a serem seguidas pelo Estado que recebe, cuja violação incorre na violação de obrigações de responsabilidade internacional.

A questão da ausência de notificação consular não foi levantada em nenhuma das fases do processo pelos tribunais estaduais. Contudo, a repercussão do caso justificase pelo facto da Alemanha, já informada por alguém que não pelas autoridades americanas, que no dia 2 de março de 1999, na véspera da execução de Walter LaGrand e após várias ações diplomáticas pelo governo alemão com o intuito de adiar ou evitar a última execução, interpôs recurso ao Tribunal Internacional de Justiça pela violação das obrigações jurídicas internacionais da Convenção, acompanhada de uma proteção provisória do irmão Walter durante a análise do recurso pelo tribunal. No entanto, por imposição dos EUA e tribunais nacionais, na noite de 3 de março de 1999 Walter foi, também ele, executado.

A Alemanha decidiu continuar com o processo, como tal, para além de acusarem os EUA de violar o direito de informação previsto no artigo 36.º, n.º I, alínea b), violaram também o previsto no mesmo artigo, n. 2º, uma vez que *as “leis e regulamentos do Estado recetor... não devem impedir o pleno efeito dos direitos reconhecidos pelo presente artigo”*. Neste contexto, a Alemanha questionou a compatibilidade dos princípios de direito do direito interno norte americanos com o exercício efetivo do direito da assistência consular, e que o *procedural default*¹⁹³, questão que foi bastante debatida, não pode constituir um obstáculo à execução dos direitos reconhecidos na convenção e, neste caso em concreto, impediu a Alemanha de assistir os irmãos. A

¹⁹³ Os tribunais nacionais foram impedidos de declarar qualquer relevância jurídica à violação do artigo 36.º, n.º I da CVRC.

Alemanha justificava e referiu inúmeras vezes durante o processo a violação do n.º 2 do artigo 36.º, declarando que as *“leis e regulamentos não devem impedir o pleno efeito dos direitos reconhecidos”*. Neste caso, a aplicação rígida desta regra foi um obstáculo à efetivação de um processo justo e uma violação ao n.º 2 do artigo 36.º.

Sustentou ainda que a assistência consular constitui um Direito Humano, argumento que foi negado pelos EUA que declarou que a Convenção de Viena para as Relações Consulares tem como objetivo geral manter e melhorar as relações consulares entre Estados e a disposição prevista no artigo 36.º tem como fim facilitar o exercício das funções consulares relativas aos nacionais do Estado que envia, e que não prevê qualquer tipo de direito individual aos nacionais. Por último, acusou os Estados Unidos de desobediência às medidas cautelares exigidas pelo Tribunal que previam a suspensão da execução do irmão Walter enquanto não fosse proferida uma decisão final.

Os Estados Unidos alegaram que a CVRC de 1963 não conferia direitos aos cidadãos estrangeiros e que os seus procedimentos judiciais não têm associação com as obrigações previstas na Convenção. As autoridades norte americanas argumentaram, no que diz respeito ao carácter vinculativo das medidas cautelares exigidas pelo Tribunal, que o mesmo estava a julgar fora da sua área de jurisdição. Para além disso, as autoridades do Estado de Arizona afirmavam o desconhecimento da nacionalidade dos irmãos. Mais tarde, vieram admitir que sabiam da nacionalidade alemã dos dois irmãos.

O Protocolo Adicional da Convenção de Viena sobre as Relações Consulares de 1963 apresenta soluções aplicáveis em situações de disputa. As suas normas têm carácter de obrigatoriedade para os seus Estados signatários, determinando que a decisão do Tribunal no que diz respeito à interpretação da própria convenção é não facultativa. Como tal, a Alemanha baseou os argumentos no Protocolo Adicional à CVRC de 1963, nos termos do qual *“litígios resultantes da interpretação ou aplicação da Convenção devem estar situados na jurisdição obrigatória do Tribunal Internacional de Justiça”*. Entre os membros signatários está a Alemanha, e estiveram os EUA que, apesar de terem ratificado o Protocolo, desvincularam-se em 2005. Contudo, uma vez membro das Nações Unidas, os EUA *“tornam-se automaticamente partes do Estatuto do TIJ”*. Ora, logo no preâmbulo da Convenção de Viena para o Direito dos Tratados,

constata-se que o “*princípio da boa-fé e a regra pacta sunt servanda* são universalmente reconhecidos”.

O Tribunal Internacional de Justiça declarou que os Estados Unidos violaram as suas obrigações previstas na CVRC de 1963 ao não terem informado os irmãos La Grand do direito que tinham de pedir assistência ao consulado. A ideia defendida pela Alemanha de que o artigo 36.º consagra direitos individuais e que assume um carácter de proteção de Direitos Humanos foi descartada pelo Tribunal iniciando e fechando a matéria de proteção dos Direitos Humanos dos dois irmãos neste parágrafo.

O direito à interpretação e tradução de todos os documentos que integram o processo assiste os arguidos que não falem e/ou não compreendam o idioma utilizado pelas autoridades num processo instaurado contra si. Neste caso em particular, uma vez que os irmãos são alemães, poderiam não conseguir expressar-se com a clareza necessária, facto que constitui um obstáculo ao direito de defesa dos mesmos. Apesar do direito a um processo justo previsto no artigo 14.º, n.º 1 lido em conjunto com o artigo 14.º, n.º 3, alínea f) do PIDCP não traduzir a proibição ao arguido de se expressar na língua que fala fluentemente, o mesmo não foi transmitido aos irmãos pelas autoridades norte-americanas.

O direito à assistência consular assume-se como um Direito Humano, pois a finalidade da assistência permite várias garantias ao arguido, nomeadamente, de se defender convenientemente, a fim de ter um processo justo e, neste caso em concreto, evitar penas graves como a pena de morte. Os irmãos La Grand foram representados indevidamente por um advogado não-especializado, ao invés de terem acesso a um aconselhamento especializado prestado e pago pelo consulado, causa insuficiente para justificar uma exceção à *procedural default*, cuja aplicabilidade resultou num processo em que os arguidos desconheciam os seus direitos.

Assumir direitos individuais garantiria a efetiva aplicação do artigo 36.º, n.º 1 da CVRC, tal como justificou Zourek¹⁹⁴, que defendeu que incluir uma disposição sobre

¹⁹⁴ ZOUREK, Jaroslav (1957) “Consular intercourse and immunities” in *Document A/CN.4/108 Annuaire de la Commission du Droit International*.

assistência consular, seria incidir sobre questões como Direitos Humanos. Constatase, portanto, que, para além de ter sido violado o Direito Humano de assistência consular, violou-se, consequentemente, o direito à vida com a aplicação indevida da pena de morte, uma vez que o processo não seguiu trâmites justos e equitativos.

As conclusões do Tribunal sobre Direitos Humanos em normas de direito internacional influenciam internamente as políticas do Estado, uma vez que a implementação das decisões deste órgão rege o funcionamento interno de um Estado. Neste caso em específico, o Tribunal optou por não explorar as questões subjacentes ao caso, nomeadamente as implicações da ausência da assistência consular para proteção de Direitos Humanos ou a regras internacionais que impeçam a pena de morte. Ao invés de se pronunciar sobre a eventualidade de o artigo 36.º assumir Direitos Humanos, o tribunal deixou a questão em aberto, posição justificada pelo facto de, caso se pronunciasse, poderia chegar à conclusão de que a execução dos irmãos La Grand foi uma violação do seu direito à vida. Evitou, assim, uma discussão sobre as implicações da ausência da assistência consular para a proteção dos Direitos Humanos em casos que envolvem pena de morte.

O tribunal referiu que as obrigações que advém do artigo 36.º, que se impõem aos Estados são *“idênticas (ou seja, devem ser sempre observada) qualquer que seja a gravidade da infração imputada a uma pessoa e a que pena que lhe possam ser impostas”* e que as *“simples desculpas podem ser um remédio apropriado em certos casos, mas insuficientes outros”* (como o presente). Manifesta, também, que a *“infração que os Estados Unidos cometeram teve como consequência o impedimento da Alemanha de exercer os direitos que lhe são conferidos pelas alíneas a) e c) do parágrafo I do artigo 36.º e, portanto, violou as disposições da Convenção”*. Igualmente, afirma que o parágrafo I do artigo 36.º, institui um regime cujos diversos elementos são interdependentes e que está concebido para facilitar a prática do sistema de proteção consular” e que se a assistência consular tivesse sido exercida em tempo devido poderia ter-se pronunciado um veredicto diferente.

O Tribunal enfatiza que se deve dar conhecimento ao posto consular *“sem atraso”* quando o detido solicita a assistência deste e, do mesmo modo, toda a comunicação que o detido queira transmitir ao posto consular.

Os direitos reconhecidos no artigo 36.º, parágrafo 1, não são só direitos do Estado que envia mas também “*direitos individuais para as pessoas detidas*” e que, portanto, os direitos assinalados no parágrafo 2 são, igualmente, direitos destas pessoas¹⁹⁵.

Apesar de ter havido uma decisão e medidas provisórias que salvaguardassem os irmãos La Grand, a Alemanha não atingiu o seu principal objetivo que era o de preservar a vida dos seus nacionais. Muito embora a decisão do tribunal tenha chegado tardia, constitui seguramente uma base para a resolução de conflitos futuros que envolvam as mesmas temáticas. Como tal, é importante que o direito e a necessidade da implementação efetiva deste direito estejam previsto no ordenamento jurídico interno de cada Estado, uma vez que o direito internacional é neutro no que diz respeito a algumas questões.

O caso La Grand ganhou relevo na jurisdição aplicável à responsabilidade dos Estados, codificação que estava, na altura, a ser preparada pela Comissão de Direito Internacional. O Projeto da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas sobre Responsabilidade Internacional dos Estados (PCDINURIE) é considerado um instrumento de *soft law*, o que significa que não tem carácter vinculativo, ainda assim, o Tribunal Internacional de Justiça tem recorrido aos instrumentos de *soft law*, apesar de não ser fonte de Direito Internacional mencionada no artigo 38.º do Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça.

Como alternativa ao *hard law* (normas com carácter de obrigatoriedade que garantem a *certeza jurídica*) o *soft law* não está sujeito a sanções jurídicas, apresenta-se mais flexível no que diz respeito a negociações de termos de acordos e, de alguma maneira, combater lacunas existentes nos rígidos instrumentos de *hard law*.

No caso específico La Grand podemos considerar instrumento de *soft law* a garantia de não repetição “exigida” pela Alemanha aos EUA, uma vez que estes incorrendo em irresponsabilidade pela violação de uma obrigação prevista internacionalmente, pois segundo o artigo 2.º da Parte I (o ato internacionalmente ilícito de um Estado), “*há um ato internacionalmente ilícito quando a conduta consiste em uma ação ou omissão de um ato atribuível ao Estado consoante o Direito Internacional*”. Ora, para além do Estado não ter comunicado ao posto consular do Estado de envio

¹⁹⁵ PINTOS, Eduardo Vilariño (2011). *Curso de Derecho Diplomático y Consular*, 4.ª edición, Madrid, Tecnos. Pp. 354

das condições em que os seus cidadãos se encontravam, as autoridades não informaram os interessados dos seus direitos, ou seja, a violação clara de normas previstas na Convenção da Viena para as Relações Consulares, artigo 36.º, alínea b, violações essas que resultaram na incapacidade dos cidadãos se defenderem e, quem sabe, de evitarem a pena aplicada. O ato ilícito de *não informação* teve como consequência violação de Direitos Humanos, tais como o direito a um processo justo por parte dos dois irmãos que resultou na morte de ambos.

Os EUA ao não terem respeitado as medidas emanadas pelo TIJ, uma vez que ainda não tinha proferido uma decisão definitiva para o caso, os EUA violaram a obrigação contida no despacho, o exercício das medidas provisórias, violação que resultou na execução dos dois irmãos.

A Parte II do PCDIDNRIE consagra as consequências dos atos internacionalmente ilícitos: “*dever de cessação*”, o “*dever de não repetição*” e o “*dever de reparação*”. No caso La Grand especificamente, a Alemanha exigiu aos EUA uma garantia de não repetição, ao que os EUA responderam que o pedido de desculpas era suficiente para o caso, assumindo o “*dever de reparação*” presente no artigo 37.º, n.º 2 do PCDIDNRIE, que refere que a “*satisfação pode consistir no reconhecimento da violação, uma expressão de arrependimento, uma desculpa formal ou outra modalidade apropriada*”.

A obrigação imposta ao Estado e a conduta por este assumida podem não estar em conformidade. Como foi descrito no presente caso, as violações várias aos Direitos Humanos dos irmãos ao longo do caso, resultou na aplicação da pena máxima aplicável. Apesar de o Estado ser obrigado a não repetir o comportamento, o dano é irreparável.

B. CASO AVENA

Neste caso, trata-se da prisão, juízo e diversas condenações, entre elas de pena de morte, de 54 nacionais mexicanos (embora apenas se referem, em concreto, a 52). Processados desde 1979 em 9 Estados dos Estados Unidos (Califórnia [28], Texas [15], Illinois [3], Arizona, Arkansas, Nevada, Ohio, Oklahoma e Oregón).

A 9 de janeiro de 2003 o México levantou um processo contra os EUA por “*violações da Convenção de Viena sobre as Relações Consulares*” e a sua argumentação

baseou-se no artigo 36.º da CVRC, artigo 1.º do Protocolo Facultativo à Convenção relativo à obrigatoriedade de resolução de litígios, e artigo 1.º do ETIJ.

No seu Memorial, o México alegou que os EUA prenderam, detiveram e condenaram à pena de morte 54 mexicanos e como tal, violaram as suas obrigações legais internacionais e consequentemente impediram o México de exercer os seus direitos para com os seus nacionais, previsto pelo artigo 5.º e 36.º da CVRC. Por sua vez, os EUA contra argumentaram, referindo que o artigo 36.º diz respeito à “Comunicação com os nacionais do Estado que envia” e que o artigo 1.º, alínea b) prevê que se algum “*nacional do Estado que envia for preso, encarcerado, posto em prisão preventiva ou detido de qualquer outra forma*” e, se “*o interessado assim o solicitar*”, o posto consular do Estado de envio deve ser notificado.

O México afirma ainda que todos os indivíduos eram mexicanos no momento da detenção, mais alega que as autoridades americanas que prenderam e interrogaram estes indivíduos tinham informações suficientes quanto à nacionalidade estrangeira dos indivíduos.

De acordo com o México, em 52 dos 54 casos, os cidadãos mexicanos nunca foram informados pelas autoridades competentes dos EUA dos seus direitos ao abrigo do artigo 36.º, n.º I alínea b). Nos restantes casos, a informação não foi transmitida “*sem tardar*” conforme o previsto na disposição. O artigo 36.º prevê que “*as autoridades competentes do Estado recetor*” devem “*informar a pessoa em causa dos seus direitos*”, disposições que o México defende que não têm sido respeitadas pelas autoridades mexicanas em relação aos 52 cidadãos mexicanos¹⁹⁶.

Como resultado, o México acusa os EUA de violação do n.º I, alínea b), assim como das alíneas a) e c) tendo em conta a relação destas alíneas com o n.º I, alínea b), uma vez que, violada a disposição da alínea b), o previsto na alínea a) e c) consequentemente não se realizarão¹⁹⁷.

Os EUA apontaram que o artigo 36.º da CVRC não “*estabelece qualquer tipo de restrição ao direito dos EUA de prenderem um cidadão estrangeiro*”, e que “*deter, prender e condenar*” apenas estabelece a obrigação de notificação¹⁹⁸. Segundo alegam, a única

¹⁹⁶ Acórdão do TIJ, de 31 de março de 2004, Caso Avena e outros nacionais mexicanos (México vs EUA) consultado em: <http://www.icj-cij.org/>. Parágrafo 19.

¹⁹⁷ Ibidem. Parágrafo 17

¹⁹⁸ Ibidem. Parágrafo 29

obrigação enunciada especificamente no artigo 36.º, n.º I, alínea b) da CVRC imposta ao Estado recetor para com o estrangeiro é o de informar o cidadão detido, preso, encarcerado ou sujeito a qualquer outro tipo de detenção, uma vez que a letra do artigo não limita o poder do Estado recetor de deter, prender, julgar ou condenar o estrangeiro.

O México acrescenta que “*a notificação consular tem sido amplamente reconhecida como um Direito Humano fundamental no processo*”¹⁹⁹. A este respeito, o Tribunal considera que nem o texto, nem o objetivo e finalidade da Convenção reportam e suportam a conclusão retirada pelo México²⁰⁰. Segundo o México, o direito à notificação e comunicação consular constitui parte de um processo que deve ser garantido no território de cada uma das Partes contratantes da Convenção, cujo não cumprimento produzirá efeitos que afetam todo o processo.

Foi levantada a questão da dupla nacionalidade de alguns dos mexicanos. Os EUA alegam que o princípio aplicado diz respeito à regra, ou seja, a “*nacionais do Estado que envia*”. Neste caso em específico, o artigo 36.º não prevê essa possibilidade e os EUA assumem a não aplicação, uma vez que, segundo os mesmos, as obrigações previstas neste artigo dizem respeito apenas aos nacionais de outro Estado e não aos de dupla nacionalidade²⁰¹. Contudo, o Tribunal considerou que os EUA não conseguiram cumprir com o ónus da prova na tentativa de demonstrar que alguns dos indivíduos, além de nacionais mexicanos, eram também nacionais americanos.

Em termos gerais, o Tribunal declara que em todo o momento se deve respeitar o espírito da Convenção de Viena e que os Estados parte devem observar certas normas com o fim de desenvolver sem entraves as relações consulares. Acrescenta ainda que o direito internacional contemporâneo favorece o desenvolvimento das relações amistosas entre as nações e assegura a proteção e a assistência aos estrangeiros residentes num território de outro Estado²⁰².

Em particular, o Tribunal, interpreta a alínea b) do parágrafo I, artigo 36.º e assinala que a alínea contém três elementos distintos mas ligados entre si: “*os direitos do interessado a ser informado sem atraso dos direitos que lhe são reconhecidos pela alínea;*

¹⁹⁹ Ibidem. Parágrafo 30

²⁰⁰ Ibidem. Parágrafo 124

²⁰¹ Ibidem. Parágrafo 41

²⁰² PINTOS, Eduardo Vilariño (2011). *Curso de Derecho Diplomático y Consular*, 4.ª edición, Madrid, Tecnos. Pp. 356

o direito do posto consular de receber sem atrasos a notificação da detenção do interessado, se assim o solicitar; a obrigação do Estado onde reside o nacional, de transmitir sem atrasos toda a comunicação dirigida ao posto consular, pela pessoa detida”; e estima que “as autoridades que intervêm nos procedimentos de detenção têm a obrigação de dar a informação requerida na alínea b) do parágrafo 1 do artigo 36.º no momento em que comprovem que a pessoa detida é de nacionalidade estrangeira”.

Debateu-se a expressão “sem tardar” constantemente citada ao longo do artigo 36.º. Considera-se que um atraso é penalizado quando prejudica o Estado requerente no que diz respeito ao apuramento dos factos, uma vez que o “direito internacional não estabelece qualquer limite de tempo específico”²⁰³. Contudo, a obrigação de dar informação à pessoa detida sobre os seus direitos e de ser assistida pelo posto consular do Estado de que é nacional, não existirá até que a “nacionalidade estrangeira seja conhecida” ou até que “existam razões para acreditar que a pessoa é provavelmente um nacional estrangeiro”.

O México considera que em 52 dos casos, os EUA não conseguiram fornecer aos indivíduos detidos as informações necessárias “sem demora”. Alega que “sem demora” pressupõe-se “imediatamente”, sendo um elemento “fundamental para o exercício dos direitos previstos no artigo 36.º”, requer “immediatismo”²⁰⁴.

Para o Tribunal, “sem demora” não deve ser necessariamente interpretado como “imediatamente após a sua detenção”. Considera que o direito de informar os indivíduos dos seus direitos previsto no artigo 36.º, n.º 1, alínea b), não deve ser interpretado como necessariamente antes de qualquer interrogatório e que caso contrário estamos perante uma violação do artigo 36.º²⁰⁵. O sentido preciso da mesma não está explícito na Convenção e deve ser interpretado em conformidade com as regras consuetudinárias de interpretação dos tratados, tendo em conta que nos termos da Convenção, com base no o seu objeto e finalidade.

Por seu turno, os EUA interpretam “sem demora” de maneira distinta. Na sua opinião, não pressupõe “imediatamente e antes do interrogatório” mas argumentam que

²⁰³ Acórdão do TIJ, de 31 de março de 2004, Caso Avena e outros nacionais mexicanos (México vs EUA) consultado em: <http://www.icj-cij.org/>. Parágrafo 41.

²⁰⁴ Ibidem. Parágrafo 78

²⁰⁵ Ibidem. Parágrafo 87

“sem demora” poderá suscitar a possibilidade de “*haver um atraso deliberado*” e que a ação pode ser executada “*logo quando for razoável e possível, dadas as circunstâncias*”.

Como considera o tribunal, em qualquer disputa é essencial ter em conta a natureza da Convenção de Viena e estabelecimento de normas que devem ser observadas por todos os Estados Partes, tendo em vista uma conduta “*sem entraves para as relações consulares*”. Acrescenta que no atual direito internacional a promoção e o “*desenvolvimento de relações amistosas entre Nações*”, com fim de garantir a proteção e assistência a estrangeiros residentes no território de outro Estados Membros, é cada vez mais importante²⁰⁶.

A relação entre as três alíneas do n.º I do artigo 36.º foi também descrita pelo tribunal no acórdão La Grand²⁰⁷ como um regime inter-relacional. Neste contexto, violações ao artigo 36.º implicam violações aos direitos dos Estado de envio e consequentemente violações aos direitos individuais dos cidadãos. Logo, há uma interdependência entre os direitos do Estado e os direitos do indivíduo²⁰⁸. Ou seja, observa-se que os direitos previstos no artigo 36.º, n.º I, alínea c) dependem da notificação por parte das autoridades do Estado recetor.

Apenas em I dos 54 casos o réu foi informado dos seus direitos e recusou que o posto consular fosse notificado. Neste caso, não havia nenhuma violação da alínea a) ou alínea c) do artigo 36.º, n.º I. Nos restantes casos, devido à falha dos EUA de agir em conformidade com o artigo 36.º, alínea b), o México foi impedido de exercer o seu direito previsto no n.º I do artigo 36.º. Observa-se, também, que os direitos previstos no artigo 36.º, n.º I, alínea c) dependem da notificação por parte das autoridades do Estado recetor.

Assim, o tribunal concluiu que os EUA cometeram violações da obrigação subjacente no artigo 36.º, n.º I, alínea b) de informar os cidadãos mexicanos dos seus direitos e de notificar o posto consular mexicano da detenção dos cidadãos mexicanos (exceto num dos casos). Uma vez violadas as obrigações do artigo 36.º, n.º I, alínea b), os EUA violaram as obrigações do mesmo artigo, n.º I, alínea a), cuja letra providencia aos funcionários mexicanos a possibilidade de comunicarem, visitarem e ter acesso aos

²⁰⁶ Ibidem. Parágrafo 47

²⁰⁷ Acórdão do TIJ, de 27 de junho de 2001, Caso LaGrand (Alemanha vs EUA). consultado em: <http://www.icj-cij.org/>. Parágrafo 74.

²⁰⁸ Ibidem. Parágrafo 40

seus nacionais. Em virtude da violação da alínea b), n.º I, violaram a obrigação prevista na alínea c), cuja letra permitia aos funcionários consulares mexicanos concederem representação legal aos seus nacionais²⁰⁹.

Uma vez mais, a doutrina do “*procedural default*”, norma interna americana, pediu a realização dos direitos previstos no artigo 36.º da CVRC²¹⁰. Esta norma já tinha, anteriormente, chamado a atenção do Tribunal no caso La Grand, neste caso em específico, o tribunal considerou que a aplicação da regra foi um obstáculo para o “*pleno efeitos dos direitos reconhecidos*” pelo artigo 36.º.

A regra é si não viola o artigo 36.º, o problema surge quando a regra não permite que o indivíduo detido interponha recurso à sua condenação ou sentença, argumentando a violação do artigo 36.º, n.º I da Convenção e incumprimento pelas autoridades nacionais competentes de obrigação de fornecer as informações exigidas “*sem atraso*”, o que permitiu que o indivíduo em questão procure e obtenha intervenção consular do Estado de envio. Neste caso em específico, tal como no caso La Grand, a aplicação desta regra impediu que um advogado defendesse eficazmente as convicções e sentenças dos indivíduos²¹¹, tal como impossibilitou o México de, a tempo útil, aconselhasse e prestasse socorro aos seus nacionais.

Com base nos factos, os EUA violaram o n.º 2 do artigo 36.º, uma vez que as suas “*leis e regulamentos*” impediram “*o pleno efeito dos direitos reconhecidos*” no artigo 36.º, n.º I e respetivas alíneas. Com a aplicação da regra, o réu é efetivamente impedido de levantar a questão da violação dos seus direitos ao abrigo do artigo 36.º da CVRC²¹².

C. CASO BREARD

À semelhança do sucedido no caso La Grand, no caso Breard, controvérsia que envolveu os Estados Unidos e o Paraguai, as autoridades do Estado da Virgínia detiveram um cidadão paraguaio chamado Angel Breard, a 1 de setembro de 1992, por suspeita de homicídio.

²⁰⁹ Ibidem. Parágrafo 106

²¹⁰ Ibidem. Parágrafo 60.

²¹¹ Ibidem. Parágrafo 112

²¹² Ibidem. Parágrafo 134

A 24 de junho de 1993 foi condenado por homicídio e a 22 de agosto imposta a pena de morte mas apenas na primavera de 1996 o Paraguai “*soube, pelos próprios meios*” de que o seu nacional tinha sido preso nos EUA e que aguardava sentença de morte. A partir deste momento, por meio da embaixada e consulado, começou a ser prestada assistência a Breard, elucidando-o dos seus direitos ao abrigo da CVRC.

A 30 de agosto de 1996, já com a ajuda de funcionários consulares paraguaios, apesar de levantadas inúmeras objeções do próprio Breard à condenação e sentença, foi apresentada uma petição ao tribunal federal de primeira instância, para um recurso de *habeas corpus*, “como uma garantia adicional de alívio a uma detenção ilegal²¹³” alegando todas as violações à Convenção.

À semelhança do que aconteceu no caso La Grand, a barreira imposta pela regra do “*processual default*” impediu que o arguido fizesse valer os seus direitos (desconhecidos até então), alegando-os numa fase posterior do processo²¹⁴.

Através de uma petição para um *writ of certiorari*, poder discricionário do Tribunal Estatal para avaliar/rever a decisão de tribunais federais, Breard tentou, uma vez mais fazer justiça ao seu caso, pedindo a permanência da sua execução pendente até à revisão pelo Tribunal Estadual. Contudo, a sua ação não teve sucesso e o Tribunal não se pronunciou sobre a Petição em causa.

Após ter esgotado todos os meios possíveis de recurso legal, Breard apelou ao Supremo Tribunal dos EUA que providenciassem uma *certiorari*, ou seja, uma garantia de revisão da decisão judicial, uma vez que o Supremo tem este poder discricionário de rever a decisão proferida por um tribunal federal, que pode resultar na suspensão da execução até à conclusão da revisão, no entanto, é raro que o Tribunal aceite exercer esse poder²¹⁵.

Após a negação pelo tribunal federal da petição de *habeas*, o Tribunal de Virgínia definiu a execução para o dia 14 de abril de 1998: “*uma vez condenado a pena de morte, o detido deve ser eletrocutado ou injetado com uma substância até à sua morte*”²¹⁶.

Durante o processo instaurado contra Breard, o cidadão paraguaio levantou inúmeras objeções a respeito de decisões injustas que não traduzidas. Em momento

²¹³ International Court of Justice (3 April 1998). *Application of The Republic of Paraguay*. Parágrafo. 11

²¹⁴ Ibidem. Parágrafo. 13

²¹⁵ *Case Concerning the Vienna Convention on Consular Relations (Paraguay v. United States of America) (Provisional Measures)*. Order of 9 April 1998.

²¹⁶ Ibidem. Parágrafo. 14

nenhum, Breard foi informado do direito de assistência consular e está previsto nos termos no artigo 36.º, parágrafo I, alínea b), tal como as autoridades paraguaias, que desconheciam da sua detenção e deveriam ser informadas, nos termos do mesmo artigo. Desconhecendo dos seus direitos, Breard não pode usufruir da assistência prestada pelo seu governo que, conseqüentemente foi impedido de proteger os seus interesses no Estado recetor, previsto no artigo 5.º e 36.º da CVRC.

As autoridades de Virgínia impediram o Paraguai de comunicar com o seu nacional, organizar a representação legal, de ajudar na defesa, garantindo a legalidade das normas jurídicas internacionais aplicadas em todo o processo²¹⁷, ao invés, *“fez uma série de decisões objetivamente injustas/irracionais durante os processos penais contra ele, que foram conduzidos sem tradução”*²¹⁸.

A ausência da assistência consular por parte do governo Paraguai resultou na morte de Breard, uma vez que o cidadão paraguaio recusou em admitir a sua conduta criminosa em troca da sua vida, insistindo na sentença de morte. Contrariamente ao que Breard conhecia do sistema judiciário paraguaio, a convicção na aplicação da pena morte *“não apelava à misericórdia do tribunal americano”*²¹⁹ mas ao ato em si mesmo.

Uma assistência consular praticada com as finalidades com que foi criada, ajudaria Breard a compreender todo o sistema judiciário, na medida em que lhe eram explicadas as diferenças entre o sistema americano e o sistema paraguaio, *“incluindo a oportunidade de aceitar ou rejeitar as ofertas com fundamento, de ter um intérprete, um consultor jurídico...”*, elementos de prova que poderiam ter sido úteis em inúmeras fases do processo.

À semelhança do caso La Grand, tanto os EUA como o Paraguai são membros das Nações Unidas e Partes do Estatuto, assim como Partes na Convenção de Viena e do Protocolo Adicional da Convenção de Viena sobre as Relações Consulares de 1963, relativa à resolução obrigatória de conflitos que, apesar dos EUA se terem desvinculado em 2005 são Partes da CVRC. Antes de 2005 era pertinente alegar que, com base no artigo 1.º do Protocolo *“... as disputas decorrentes da interpretação ou aplicação da Convenção assumem jurisdição obrigatória do Tribunal Internacional de Justiça”*

²¹⁷ Ibidem. Parágrafo. 7

²¹⁸ *Case Concerning the Vienna Convention on Consular Relations (Paraguay v. United States of America) (Provisional Measures)*. Order of 9 April 1998: “...made a number of objectively unreasonable”

²¹⁹ Ibidem. Parágrafo. 9

que, por sua vez, “*pode assumir o caso por pedido feito por qualquer uma das Partes no conflito, caso seja Parte do presente Protocolo*”, ou seja, o Paraguai alega que, mediante a apresentação do presente pedido, as questões em disputa encontram-se no âmbito da jurisdição do tribunal.

Naturalmente, tendo em conta as violações graves do caso e dado o interesse do Paraguai em proteger a vida e a liberdade dos seus cidadãos, apresenta uma petição fundamentando que a interpretação do artigo 36.º da CVRC está dentro da esfera da jurisdição do Tribunal (parágrafo 1.º do Estatuto do Tribunal)²²⁰ e através do artigo 1.º do Protocolo Adicional à Convenção relativo à resolução obrigatória de litígios²²¹.

Posteriormente ao Processo contra os EUA instaurado pelo Paraguai a 3 de abril de 1998 por alegadas “*violações da ‘Convenção de Viena sobre as Relações Consulares de 1963’*”, o Tribunal Internacional de Justiça apelou aos EUA que “*tomassem todas as medidas que estivessem ao seu alcance*” para evitar a execução de Breard, aguardando decisão final do Tribunal no processo instituído pelo Paraguai. No mesmo documento, a 9 de abril de 1998, o Tribunal Internacional de Justiça declara que todas as medidas adotadas têm de ser comunicadas ao Tribunal. Decide, também, que até o Tribunal conceder uma decisão final, os EUA não devem descorar das questões que constituem o objeto da Petição inicial do Paraguai²²².

Nos termos do artigo 36.º, número 1, alínea b) da CVRC, os Estados Unidos têm a obrigação legal internacional para com o Paraguai de informar “*sem tardar*” caso um nacional seu, neste caso Breard, se encontrar “*preso, encarcerado, posto em prisão preventiva ou detido de qualquer outra maneira*”. Ou seja, Breard tinha o direito de ser comunicado, a fim de dar, ou não, autorização para informar o posto consular do seu Estado, e, caso autorizasse, a informação ser comunicada “*sem tardar*”.

Neste mesmo artigo, os EUA têm obrigações não só para com o nacional estrangeiro, mas também para com o Paraguai, na medida em que, violando as

²²⁰ “Está anexo à Carta das Nações Unidas, da qual constitui parte integrante. Ao tornarem-se membros das Nações Unidas, os Estados tornam-se automaticamente partes do Estatuto do TIJ”. Parágrafo 1.º do Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça.

²²¹ “Litígios resultantes da interpretação ou aplicação da Convenção devem estar na obrigatória jurisdição do Tribunal Internacional de Justiça e pode, portanto, ser apresentado ao Tribunal por um pedido apresentado por qualquer das Partes na controvérsia que seja Parte do presente Protocolo” Article I, *Optional Protocol concerning the Compulsory Settlement of Disputes Done at Vienna on 24 April 1963*.

²²² *Case Concerning the Vienna Convention on Consular Relations (Paraguay v. United States of America) (Provisional Measures)*. Order of 9 April 1998. Pp. 29

obrigações enumeradas anteriormente, impediram a possibilidade do Paraguai assistir o seu nacional, obrigação de auxílio que lhe é imposta pelo Direito Internacional. A violação pelos EUA da CVRC não só impossibilitou a intervenção atempada por parte dos funcionários consulares, cuja ação poderia ter alterado o resultado da sentença e o destino da própria vida de Breard, como impediu que o Paraguai cumprisse com as suas obrigações enquanto Estado para com os seus cidadãos no estrangeiro, de exercer as suas funções consulares nos termos dos artigos 5.º e 36.º da CVRC, designadamente comunicar e apoiar o seu nacional antes do julgamento.

Neste caso em específico, as “leis e regulamentos” dos EUA acabaram por impedir que, mesmo após uma violação da obrigação internacional imposta pela CVRC de informar atempadamente o Paraguai da situação do seu nacional, não foi permitido adotar medidas que pudessem reparar os danos causados pelo erro dos EUA devido ao limite superado dos prazos. Contudo, a CVRC é clara e específica no seu número 2, do artigo 36.º que “...tais leis e regulamentos não devem impedir o pleno efeito dos direitos reconhecidos pelo presente artigo.” Além do mais, uma vez Estado Parte da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (CVDT), assim como praticante do direito internacional costumeiro, os EUA estão vinculados a uma obrigação legal internacional, com base no artigo 26.º e no princípio do *pacta sunt servanda*, de respeitar de boa-fé todos os tratados de que é Parte. Ou seja, uma vez que as suas normas impedem o cumprimento efetivo das funções previstas na CVRC, incorrem numa violação internacional, sendo que “uma Parte não pode invocar as disposições do seu direito interno para justificar o incumprimento de um tratado...” (artigo 27.º da CVDT). Neste contexto, os EUA não devem aplicar o “procedural default” de modo a impedir o exercício dos direitos previstos no artigo 36.º.

Acrescento, ainda, que as violações por parte dos EUA resultaram, em primeira instância com a ausência de ajuda por parte do Paraguai que, por sua vez, resultou na morte de um cidadão paraguaio. Adjacente às violações à Convenção, estão violações a Direitos Humanos, nomeadamente o direito a um processo justo, o que exigia a tradução de peças processuais, a informação de todos os direitos, opções e meios de prova da sua inocência, acompanhamento permanente de um advogado e conselheiro, etc.

Com base nos factos enumerados, o Paraguai pede a *restitutio in integrum* e o *status quo ante*, ou seja, a restituição integral da situação que existia antes dos processos de detenção, condenação e sentença de Breard, a anulabilidade de qualquer tipo de responsabilidade criminal imposta a Breard, o impedimento de, em conformidade com as obrigações jurídicas internacionais, de proceder qualquer tipo de processo de detenção futura contra Breard ou qualquer outro paraguaio nacional no sua território. Exigem ainda uma garantia de não-repetição da ilegalidade. Para além destes pedidos, declara ainda que os EUA têm a responsabilidade de cumprir com as suas obrigações internacionais e, como tal, não pode aplicar a sua regra de “*procedural default*”, ou qualquer outra norma de direito interno, que impeça o exercício dos direitos reconhecidos pelo artigo 36.^{o223}.

Na opinião do tribunal e observando o artigo 1.^o do Protocolo Adicional²²⁴, uma vez que o Paraguai e os EUA são Parte da Convenção, embora os EUA não sejam Parte do Protocolo é Parte do Estatuto do TIJ²²⁵. Contudo, a discussão coloca-se quanto à abrangência das competências do Tribunal em avaliar este caso em específico. Embora o seu artigo 36.^o seja claro neste sentido, segundo o TIJ, a violação do artigo 5.^o e 36.^a da CVRC enunciada pelo Paraguai contra os EUA é abrangida pelo artigo 1.^o do Protocolo Adicional e constitui matéria de jurisdição do Tribunal²²⁶.

No entanto, os EUA alegaram que o Paraguai argumentou que não existe qualquer tipo de conflito entre as Partes quanto à interpretação e aplicação do artigo 36.^o, número I, alínea b), uma vez que reconhecem que a notificação exigida não foi realizada. Acrescentam ainda que, as acusações levantadas pelo Paraguai não

²²³ *Case Concerning the Vienna Convention on Consular Relations (Paraguay v. United States of America) (Provisional Measures)*. Order of 9 April 1998: “Paraguay requests the Court to adjudge and declare follows: ... (3) that the United States is under and international legal obligation not to apply the doctrine of ‘procedural default’, or any other doctrine of its internal law, so as to preclude the exercise of the rights accorded under Article 36.^o of the Vienna Convention...”. Pp. 30

²²⁴ *Optional Protocol concerning the Compulsory Settlement of Disputes* (1963), article 1.^o: “Disputes arising out of the interpretation or application of the Convention shall lie within the compulsory jurisdiction of the International Court of Justice...”

²²⁵ Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça, artigo 36.^o, n.^o 2: “os Estados Partes do presente Estatuto poderão, em qualquer momento, declarar que reconhecem como obrigatória *ipso facto* e sem acordo especial, em relação a qualquer outro Estado que aceite a mesma obrigação, a jurisdição do Tribunal em todas as controvérsias jurídicas que tenham por objeto... a) interpretação de um tratado, b) qualquer questão de direito internacional, c) a existência de qualquer facto que, se verificado, constituiria violação de um compromisso internacional...”

²²⁶ “The Court’s reasoning” in *Case Concerning the Vienna Convention on Consular Relations (Paraguay v. United States of America) (Provisional Measures)*. Order of 9 April 1998. Pp. 30.

constituem matéria da controvérsia relativa à interpretação e aplicação da Convenção de Viena, como tal, nos termos da Convenção, o Paraguai não tinha direito a *restitutio in integrum*.

As medidas provisórias do tribunal têm a finalidade de preservar o direito das Partes enquanto aguardam uma decisão definitiva do Tribunal, garantindo que os direitos que são objeto do processo litigioso, não serão alvo de prejuízos irreparáveis. Argumenta que não intervém nem decide sobre questões relativas a execuções de pena de morte, mas atuar com a finalidade de resolver disputas internacionais entre Estados, nomeadamente quando ocorrem falhas na interpretação ou aplicação das convenções internacionais²²⁷.

A 3 de abril de 1998 o Paraguai apresentou uma Petição onde alegava violações à Convenção de Viena, contudo, os EUA remediaram a situação pedindo desculpa pela violação à Convenção por não informar o cônsul paraguaio do que se sucedia com o seu nacional, acompanhado com a garantia de não-repetição. A este respeito, o TIJ não tem competência para julgar nem adotar medidas provisórias, uma vez que a sua área de jurisdição é limitada ao disposto no artigo 41.º do seu Estatuto²²⁸. A Declaração do Juiz Oda aponta para a vertente humanitária da questão, designadamente o respeito pelos direitos das vítimas de violência de crime, que, segundo o próprio, “é um ponto que tem sido esquecido muitas vezes, e que deve ser tomado em consideração”²²⁹.

Tendo em conta a perplexidade do caso em questão, cujo direito em questão é o da vida do próprio cidadão, as medidas deveriam ser aplicadas, pois uma das principais obrigações dos Estados enquanto soberanos é de defender e proteger os seus nacionais, ou seja, a disputa em questão tem na sua génese um dever de defesa por parte Estados, subjacente ao direito que os mesmos têm de reivindicar quando, por ação de um outro Estado, são impedidos de o fazer. Neste contexto, o litígio entre o Paraguai e EUA cumpre com os requisitos do artigo 36.º do ETIJ e consequentemente artigo 41.º, sendo a questão de interesse imediato para a proteção dos direitos do Paraguai.

²²⁷ Ibidem. Pp. 31

²²⁸ A respeito, opinião do Juiz Oda: “Declaration of Judge Oda” in *Case Concerning the Vienna Convention on Consular Relations (Paraguay v. United States of America) (Provisional Measures)*. Order of 9 April 1998. Pp. 32

²²⁹ Ibidem.

A 2 de novembro de 1998 o governo do Paraguai informou o Tribunal de que desejava suspender o processo e que o mesmo fosse removido da lista do tribunal²³⁰.

²³⁰ *Case concerning the Vienna Convention on Consular Relations (Paraguay v. United States of America) (Discontinuance)*, Order of 10 November 1998. Pp. 44

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Falar de Direitos Humanos é falar em Direitos cuja concepção depende do tempo, do lugar e até mesmo do sujeito que os interpreta. Remotamente já se apresentaram como *representações morais*, posteriormente como princípios políticos e só mais recentemente se apresentam como *estruturas jurídicas*. No que diz respeito ao lugar, em certas regiões são pouco mais do que valores morais ou então nem sequer são efetivamente reconhecidos²³¹. Neste contexto, os Direitos Humanos são perspectivados de formas muito distintas pelos diferentes agentes que os observam.

Muitos autores, são apologistas da ideia de que os Direitos Humanos são produtos culturais que devem ser compreendidos perante a uma realidade específica. Contudo, existem alguns princípios que podem auxiliar a sua compreensão, tais como o princípio da universalidade e da indivisibilidade dos Direitos Humanos²³².

Tal como exposto no Capítulo I, um dos elementos definidores da entidade Estado é a soberania, o que lhe confere obrigações e garantias no que diz respeito à paz e à segurança dos seus cidadãos, em particular, no estrangeiro. Contudo, o princípio da não-ingerência assume-se como um limite ao exercício das funções do Estado no que concerne à proteção dos seus cidadãos em terceiros Estados. No entanto, é também a proibição da ingerência nos assuntos internos de outros Estados e a proibição do uso da força que permite a garantia do exercício das competências do Estado. A soberania do Estado é tão legítima como a extensão da sua conformidade com os princípios universais de Direitos Humanos, neste sentido, a intervenção de um Estado em prol da defesa dos direitos dos seus cidadãos deve ser uma ação legítima, sem que a justificação de ingerência nos assuntos internos de um Estado que é soberano, prevaleça em detrimento da proteção de Direitos Humanos.

Os casos apresentados no Capítulo IV envolveram violações de Direitos Humanos inerentes ao incumprimento, pelo Estado de acolhimento, das suas obrigações previstas na Convenção de Viena para as Relações Consulares. Tanto no caso La Grand, como no caso Avena e no caso Breard a assistência consular não foi prestada atempadamente, o que resultou em graves violações de Direitos Humanos e desfechos ainda mais gravosos, nomeadamente a aplicação da pena de morte.

²³¹ ALEXANDRINO, José Melo (2011) *Discurso dos Direitos*. 1.ª edição, Coimbra Editora. Pp. 210

²³² Ibidem. Pp. 228

Em todos os casos se debateram muitas questões que são levantadas ao artigo 36.º, designadamente, se o artigo 36.º é aplicado ao indivíduo ou ao Estado, se as normas internas podem impedir a aplicação do artigo 36.º, ou se se pode reivindicar esse direito em determinadas circunstâncias, e se as medidas provisórias do Tribunal Internacional de Justiça são vinculativas ou não para os Estados – Membros.

O artigo 36.º representa os direitos dos cidadãos e do Estado de envio, contudo, muitas vezes estes direitos são distintos do que é positivado em instrumentos jurídicos de cada Estado recetor, no que diz respeito a normas internas aplicadas a estrangeiros²³³. Sempre que um Estado viola o artigo 36.º ao não informar um estrangeiro do seu direito à assistência consular, o Estado não pode renunciar ao cumprimento das suas obrigações. A sua justificação passa, muitas vezes, por reforçar normas nacionais como defesa da violação²³⁴. Como disse em *La Grand* e repetindo-o em *Avena*, o Tribunal Internacional de Justiça afirma que, por si só, a regra de “*procedural default*” não constitui uma violação ao artigo 36.º, mas sim a sua aplicação específica em cada caso²³⁵.

Segundo Luke T. Lee, o artigo 36º, n.º I, alínea b, exige que as autoridades do Estado recetor notifiquem o posto consular do Estado que envia, sem demora, da detenção, caso o nacional assim o solicitar. Na ausência de uma definição precisa do termo 'sem demora', tal notificação deve ocorrer o mais rapidamente possível. Claramente que o excesso de tempo entre a detenção e a notificação ao Estado de envio, não é um procedimento conforme o espírito da Convenção de Viena. Por esta razão, foram recentemente negociadas convenções consulares que incluem períodos específicos de tempo que devem ser cumpridos, tanto no que diz respeito à notificação, como ao acesso do funcionário consular ao cidadão no estrangeiro.²³⁶ Embora a palavra 'respeito', ao abrigo do artigo 36.º, alínea c), conote um dever moral, ao invés de um dever legal (como é o caso de 'obedecer'), a implicação do seu uso

²³³ DRIAN, Cara H. (2002) *Article 36 of the Vienna Convention on Consular Relations: Private Enforcement in American Courts after La Grand*. The Catholic University of America, Columbus School of Law. Disponível em: <http://scholarship.law.edu/scholar/218/>

²³⁴ Ibidem.

²³⁵ A este respeito: Acórdão do TIJ, de 27 de junho de 2001, Caso *LaGrand* (Alemanha vs EUA), consultado em: <http://www.icj-cij.org/>. Pp. 90.

²³⁶ LEE, Luke T. (1991) *Consular law and practice*, 2nd ed, New York, Oxford University Press. Pp. 143-144

exige o dever de obedecer²³⁷.

O Tribunal Internacional de Justiça é um órgão independente da Organização das Nações Unidas (ONU). Sendo o seu Estatuto parte integrante da Carta das Nações Unidas (artigo 92.º), os Estados-Membros das Nações Unidas ficam automaticamente vinculados ao Tribunal. *O Tribunal será aberto aos Estados partes do presente Estatuto* (artigo 35.º do Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça – ETIJ), contudo, ao abrigo do artigo 35.º, n.º 2 do Estatuto, *serão determinadas pelo Conselho de Segurança* as condições de acesso ao tribunal por outros Estados.

No que diz respeito às competências conferidas ao tribunal, este abrange *todas “as controvérsias jurídicas que tenham por objetivo... a) interpretação de um tratado, b) qualquer questão de direito internacional...”* (artigo 36.º ETIJ). Também poderá, caso as circunstâncias o justificarem, tomar medidas provisórias para *preservar os direitos de cada parte*. (artigo 41.º, n.º 1). No geral, a sua função passa por *decidir em conformidade com o direito internacional* (artigo 38.º, n.º 1).

O Protocolo Adicional da Convenção de Viena sobre as Relações Consulares de 1963 apresenta soluções em disputas com carácter de obrigatoriedade para os seus Estados signatários, determinando que a decisão do Tribunal no que diz respeito à interpretação da própria convenção é não facultativa. Entre os membros signatários está a Alemanha, e estiveram os EUA que, apesar de terem ratificado o Protocolo, se desvincularam em 2005.

A competência do tribunal restringe-se apenas aos Estados, confirmado pelo abrigo do artigo 34.º, n.º 1, só poderão ser Partes em conflito os Estados, descartando a hipótese do indivíduo usufruir da jurisdição do tribunal. Princípio que reflete, em primeira instância, a ideia centrada no Estado e no Direito Internacional. Foram poucas as decisões que o tribunal emanou sobre Direitos Humanos, no entanto, a jurisprudência contribui indiretamente para proteção dos Direitos Humanos, uma vez que é utilizada como informação útil para outras instâncias.

O carácter facultativo das decisões do Tribunal, previsto no artigo 36.º, n.º 2 do Estatuto do Tribunal acaba por enfraquecer as suas decisões e o seu impacto ao nível internacional, e fortalecer a posição do Estado como soberano, mesmo no plano da justiça e na proteção de Direitos Humanos. O artigo sugere a declaração, por parte

²³⁷ Ibidem. Pp. 83

dos Estados, de reconhecer a obrigatoriedade da jurisdição do tribunal. Ou seja, todo o conflito submetido ao tribunal fica sujeito à aceitação por parte dos Estados. Uma vez que a função do tribunal passa pela preservação das normas de direito internacional (artigo 38.º, n.º I do ETIJ), o limite estipulado pela opção de escolha dos Estados em aceitar, ou não, as decisões do Tribunal, determina uma margem de erro que poderá existir, pois é possível argumentar a possibilidade do direito internacional não prever algumas situações e consequentemente, não proteger os valores defendidos pelos Estados.

No caso *La Grand*, em razão da assinatura pela Alemanha do Protocolo Adicional à Convenção de Viena para as Relações Consulares de 1963, não há como não aceitar a sua jurisdição. No que diz respeito aos EUA, uma vez que anularam a sua assinatura, poderiam aceitar, ou não, as suas decisões como obrigatórias. De acordo com o princípio do precedente (*principle of stare decisis*) da Lei Americana, os EUA não podem contestar nem desconsiderar o que determina o TIJ, no que diz respeito ao alcance e significado do artigo 36.º. Tal como, em virtude da Cláusula de Supremacia²³⁸, a Convenção de Viena para as Relações Consulares, sendo um Tratado, constitui a “*law of the land*” e vincula os tribunais federais²³⁹. Assim, é imperativo que os tribunais americanos garantam o cumprimento da Convenção de Viena para as Relações Consulares em articulação com o TIJ, nomeadamente em relação ao artigo 36.º. Ou seja, a obrigatoriedade não passa pela avaliação da matéria em causa, mesmo que o conteúdo envolva Direitos Humanos e gravíssimas violações aos mesmos.

Apesar de não terem sido atribuídas competências específicas ao Tribunal Internacional de Justiça em matéria de Direito Humanos, a universalidade e o impacto das suas decisões ao nível internacional é um facto, uma vez que se trata do principal órgão judicial das Nações Unidas, em que as suas decisões são fonte de direito internacional. Por este motivo, o tribunal acaba por colmatar algumas das restrições

²³⁸ O Artigo VI da Constituição dos Estados Unidos, afirma que tanto a Constituição, como “as leis complementares e todos os tratados já celebrados ou por celebrar sob a autoridade dos Estados Unidos constituirão a lei suprema do país; os juizes de todos os Estados serão sujeitos a ela, ficando sem efeito qualquer disposição em contrário na Constituição ou nas leis de qualquer dos Estados. Os Senadores e Representantes acima mencionados, os membros das legislaturas dos diversos Estados, e todos os funcionários do Poder Executivo e do Judiciário, tanto dos Estados Unidos como dos diferentes Estados, obrigar-se-ão por juramento ou declaração a defender esta Constituição”.

²³⁹ DRIAN. Cara H. (2002) *Article 36 of the Vienna Convention on Consular Relations: Private Enforcement in American Courts after La Grand*. The Catholic University of America, Columbus School of Law. Disponível em: <http://scholarship.law.edu/scholar/218/>

previstas ao seu exercício.

Hoje em dia, há uma multiplicação de atores internacionais no âmbito dos Direitos Humanos que levantam problemas muito complicados em termos de monitorização e em relação ao próprio manto de proteção e ao seu carácter vinculativo. No Capítulo II foram apresentados os Sistemas de Direitos Humanos criados com o intuito de implementar uma perspectiva o mais universalista possível do Direito Internacional dos Direitos Humanos, como valor fundamental da dignidade, inerente ao ser humano como detentor de direitos simplesmente pelo facto de o ser. Como especificado no mesmo capítulo, a Organização das Nações Unidas, pioneira do Sistema Internacional de Proteção de Direitos Humanos, tem um papel muito importante através dos seus órgãos especializados, cuja função passa por identificar conceções seguras sobre Direitos Humanos na prática, evitando que os Direitos Humanos não fiquem reféns da sua própria propaganda.

Os casos em questão demonstram um apego convicto à ideia de que o artigo 36.º protege os interesses dos Estados signatários, designadamente interesses políticos. O propósito da Convenção é, portanto, um pouco deturpado, uma vez que a sua finalidade deveria basear-se na proteção dos nacionais estrangeiros fora das fronteiras do seu Estado, e não em benefício dos interesses políticos dos Estados Parte da Convenção.

O facto do TIJ ter deixado em aberto os meios e as garantias de uma solução para violações constantes do artigo 36.º, abre portas para que, futuramente, a situação não se resolva, permitindo que os Estados ajam de forma a atender os requisitos do próprio sistema, a par da proteção das necessidades do próprio sistema, salvaguardando a sua reputação ao nível internacional. A solução passa pela criação de um compromisso com base nos objetivos da Convenção e uma interpretação clara do artigo 36.º, uma vez que a tomada de posição do tribunal relativamente à sua interpretação e questões de Direitos Humanos é “aberta”²⁴⁰.

Após a descrição no Capítulo III dos privilégios, imunidades e facilidades dos funcionários consulares conclui-se que a sua finalidade não é o de beneficiar os indivíduos, mas o de garantir o eficiente exercício das funções pelos postos consulares,

²⁴⁰ Exemplo: Acórdão do TIJ, de 31 de março de 2004, Caso Avena e outros nacionais mexicanos (México vs EUA). Pp. 153 (11) consultado em: <http://www.icj-cij.org/>.

em nome dos respetivos Estados²⁴¹. A globalização representa um desafio crescente para os funcionários consulares, nomeadamente pelas mudanças de paradigmas e definições. Como tal, vários autores sugerem que seja dada uma atenção acrescida às funções do funcionário consular, uma vez que as suas responsabilidades aumentam, propondo a profissionalização da assistência consular²⁴².

Luke T. Lee considera que é obrigação assumida por todos os Estados –Membros na Carta das Nações Unidas, promover '*universal respect for, and observance of, human rights and fundamental freedoms for all without distinction as to race, sex, language, or religion*' (artigos n.º 55 e n.º 56 da Carta). Esta obrigação prevalece sobre qualquer obrigação contraditória no que diz respeito a qualquer outro acordo internacional (artigo n.º 103)²⁴³.

As mudanças na sociedade devem ser acompanhadas pela modernização da assistência consular, com a realização de acordos entre países com padrões diferentes no que diz respeito a intervenções por parte de funcionários consulares e de Direitos Humanos, em prol do equilíbrio entre os interesses dos Estados e a estreita proteção dos interesses dos indivíduos.

²⁴¹ Ibidem. Pp. 82

²⁴² OKANO-HEIJMANS, Maaïke (2010). "Changes in Consular Assistance and the Emergence of Consular Diplomacy", The Hague, Netherlands Institute of International Relations "Clingendael" [online], Clingendael Diplomacy Papers n.º 26. Available: <http://www.corpoconsolarevenezia.it/documenti/Change-Consular-Assistance.pdf>

²⁴³ LEE, Luke T. (1991) *Consular law and practice*, 2nd ed, New York, Oxford University Press. Pp. 84

BIBLIOGRAFIA

- AAFDL (2013). Carta das Nações Unidas, *Textos de Direito Internacional Público*, Lisboa, AAFDL.
- AAFDL (2013). Convenção de Viena para as Relações Consulares, *Textos de Direito Internacional Público*, Lisboa, AAFDL.
- AAFDL (2013). Convenção de Viena para as Relações Diplomáticas, *Textos de Direito Internacional Público*, Lisboa, AAFDL.
- AAFDL (2013). Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados entre Estados, *Textos de Direito Internacional Público*, Lisboa, AAFDL.
- AAFDL (2013). Convenção Europeia dos Direitos do Homem e Protocolos Adicionais, *Textos de Direito Internacional Público*, Lisboa, AAFDL.
- AAFDL (2013). Estatuto do Conselho da Europa in *Textos de Direito Internacional Público*, Lisboa, AAFDL.
- AAFDL (2013). Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça, *Textos de Direito Internacional Público*, Lisboa, AAFDL.
- ABDULRAHIM, Radziah (2006). Consular Relations: A complex and often misunderstood peoples, *Jornal of Internacional Studies* [online], volume, 2. Available: <http://jis.uum.edu.my/images/pdf/2jis/1consularr.pdf>.
- ACEVES, William J. (2000). The Right of Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the Due Process of Law, *The American Journal of International Law* [online], vol. 94, n.º 3, pp. 555-563. Available: <http://www.jstor.org/stable/2555324>.
- ACEVES, William J. (2003). Consular Notification and the Death Penalty: ICJ's Judgment in Avena. *The American Journal of International Law*, vol. 8, n.º6.
- ALEXANDRINO, José Melo (2011) *Discurso dos Direitos*. 1.ª edição, Coimbra Editora.
- BAPTISTA, Eduardo Correia (2004). *Direito Internacional Público, Sujeitos e Responsabilidade*, volume II, Lisboa, Almedina.
- BAPTISTA, Eduardo Correia. (1997). *Jus Cogens em Direito Internacional*, Lisboa, Almedina.
- BIRIK, Shamsa (2011). *How Emergence of Human Rights System has affected application of International Law*, Kenya, United States International University – Africa.
- BRACKTON, Henry De (2012). *De Legibus et Consuetudinibus Angliae*, Cambridge,

Cambridge University Press.

BRAMWELL, Anna (1998). *Refugees in the age of total war*, Routledge.

BRITO, Wladimir. (2004) *Noções de Direito Consular*, Coimbra, Coimbra Editora

BROHMER, Jurgen (1997). *State Immunity and the violation of human rights*, The Hague, Kluwer Law International.

BROWNLIE, Ian (1997). *Princípios de Direito Internacional Público*. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian.

CHEESMAN, Nick (2012). Human Rights in Asia, *Journal of Contemporary Asia* [online], volume 42, n.º2, pp. 343-345. Available: <http://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/00472336.2012.668360>.

CHRISTOPHER, J. Le Mon (2005). Post-Avena Application of the Vienna Convention on Consular Relations by United States Courts, *Leiden Journal of International Law*, volume 18, n.º 1.

COHEN, Roberta (2006). *Developing an International System for Internally Displaced. Convention on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press.

CONDIOTI, Alberto M. (1925) *Historia de la Institución Consular en la Antigüedad y en la Edad Media*, ed. Fundação de Macau.

CRAVINHO, João Gomes (2008) *Visões do Mundo. As Relações Internacionais e o Mundo Contemporânea*, 3.ª edição, Lisboa, ICS.

DIEZ DE VELASCO, Manuel (2003). *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Madrid, Tecnos.

DONNELLY, Jack (2013). Human Rights and Asian Values: A defense of "western" Universalism in *Universal Human Rights in Theory and Practice*, United States of America, Cornell University Press.

DRIAN, Cara H. (2002) *Article 36 of the Vienna Convention on Consular Relations: Private Enforcement in American Courts after La Grand*. The Catholic University of America, Columbus School of Law. Disponível em: <http://scholarship.law.edu/scholar/218/>

DUARTE, Maria Luísa. (2006) *União Europeia e Direitos Fundamentais - no Espaço da Internormatividade*, Lisboa, AAFDL.

FERREIRA, Silvestre Pinheiro (1910) *Estudos de Direito Internacional*, Coimbra, Coimbra Editora.

FOLLESDAL, Andreas; MALIKS, Reidar (2014). *Kantian Theory and Human Rights*, Routledge.

FRANK, Mark, F. N. (2013). A Critique of the Universalisability of Critical Human Rights Theory: The displacement of Immanuel Kant, *Human Rights Review*, volume 14, n.º4.

FREITAS, Pedro Caridade (2012). *Portugal e a Comunidade Internacional*, Lisboa, QuidJuris,

GARCIA, Emerson (2015) *Proteção Internacional dos Direitos Humanos - Breves reflexões sobre os Sistemas Convencional e não Convencional*, São Paulo, Atlas.

Global Public Policy Institute (2015). “With Courage and Coherence” *The Human Rights up Front Initiative of United Nations*. Policy Paper. Disponível em: http://www.gppi.net/fileadmin/user_upload/media/pub/2015/Kurtz_2015_Courage_and_Coherence_UN_Human_Rights.pdf

GOLDSMITH, Jack; LEVINSON, Daryl (2009). Law for states: International law, constitutional law, public law, *Harvard Law Review Association*, Volume 122, n.º 7.

GOMES, Canotilho J.J. (2003). *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, Almedina.

GOMES, Canotilho J.J; MOREIRA, Vital (2007). *Constituição da República Portuguesa anotada*, Coimbra, Coimbra Editora.

GOMES, Fernando (2014). *Direitos Humanos na Guiné-Bissau – Eu conto como foi! Memórias de um percurso*. Lisboa, Chiado Editora.

HELD, David (1991). *Political Theory Today*, Stanford University Press.

HENKIN, Louis (1994). *Human Rights and State “Sovereignty”*, University of Georgia Law School, adapted from the John, A. Sibley Lecture.

HEYWOOD, Andrew (2011). *Global Politics*, Palgrave Macmillan, Palgrave Foundations Series.

KANT, Immanuel (1917 ed.) [1795]. *Perpetual Peace: A Philosophical Essay*, translated with Introduction and Notes by M. Campbell Smith, with a Preface by L. Latta, London, George Allen and Unwin.

KELSEN, Hans (2000). *Peace through Law*, New Jersey, The Lawbook Exchange.

LEDGERWOOD, Brad. *The antagonistic relationship between Sovereignty and Human Rights* [online], Atlantic International Studies Organization. Available: <https://atlismta.org/online-journals/human-security/the-antagonistic-relationship-between-sovereignty-and-human-rights/>

LEE, Luke T. (1991) *Consular law and practice*, 2nd ed, New York, Oxford University Press.

M'BAYE, Kéba. (1983) "A Organização de Unidade Africana", in *As Dimensões Internacionais dos Direitos do Homem*, Lisboa. Manual Unesco.

MACKIE, Vera (2013). Introduction: Ways of Knowing about Human Rights in Asia, *Asian Studies Review* [online], volume 37 n.º 3, pp. 293-301. Available: <http://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/10357823.2013.811780>.

MAGALHÃES, José Cavet (2005). *Manual Diplomático*, Lisboa, Editora Bizâncio.

MARTINS, Ana Maria Guerra (2014). *Direito Internacional dos Direitos Humanos*, Lisboa, Almedina.

MARTINS, Armando (1948) *Regulamento Consular Português, atualizado e comentado*, Porto, Livraria Simões Lopes.

MARTINS, Margarida D'Oliveria (2011). *Direito Diplomático e Consular*, Lisboa, Universidade Lusíada.

MARTRIGE, Jean (1996) *Tradition et Modernité dans la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples* [online], Bruxelas. Available: https://www.sqdi.org/wp-content/uploads/11.1_-_ntaganda.pdf

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui (2005) *Constituição da República Portuguesa Anotada*, tomo I, Coimbra Editora.

OKANO-HEIJMANS, Maaïke (2010). "Changes in Consular Assistance and the Emergence of Consular Diplomacy", The Hague, *Netherlands Institute of International Relations "Clingendael"* [online], *Clingendael Diplomacy Papers* n.º 26. Available: <http://www.corpoconsolarevenezia.it/documenti/Change-Consular-Assistance.pdf>

Optional Protocol concerning the Compulsory Settlement of Disputes (1963)

ORAKHELASHVILI, Alexander (2005). Judicial Competence and Judicial Remedies in the Avena Case [online], *Leiden Journal of International Law*, volume 18, n.º 1. Available: <https://doi.org/10.1017/S092215650400233X>

OTERO, Paulo (2003). *Legalidade e Administração Pública*, Coimbra, Almedina.

PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto (1994) *Manual de Direito Internacional Público*, Coimbra, Almedina.

PINTOS, Eduardo Vilariño (2011). *Curso de Derecho Diplomático y Consular*, 4.ª edición, Madrid, Tecnos.

RAJ, R., ed. (2002) *Women at the intersection: Indivisible rights, identities and oppressions*, New York, Center for Women's Global Leadership.

REISMAN, W. Michael (1990). *Sovereignty and Human Rights in Contemporary International Law*, Faculty Scholarship Series, Yale Law School. Paper 872.

ROELLER, Gary G. (2003) *Refugees in contemporary international relations: reconciling state and individual sovereignty*. Working Paper No. 85, UNHCR – Evaluation and Policy Analysis Unit.

SUDRE, Frédéric. (2005). *Droit International et Européen des Droits de l'Homme*, 7.^a Edição, Puf, Paris.

TATSUO, Inoue (1999). Liberal Democracy and Asian Orientalism in *The East Asian Challenge for Human Rights*, New York, Cambridge University Press.

TAVARES, Raquel (2011) *Direitos Humanos. De onde vêm, o que são e para que servem*, Lisboa, Imprensa Nacional Casa da Moeda.

TESCHKE, Benno (2002). "Theorizing the Westphalian System of States: International Relations from Absolutism to Capitalism, in *European Journal of International Relations*, SAGE Publications and ECPR, Volume 8, pp. 5-48.

TRANEL, Adrienne M (2005). "The Ruling of the International Court of Justice in the Avena and Other Mexican Nationals: Enforcing the Right to Consular Assistance in U.S. Jurisprudence", *American University International Law Review* [online], volume 20, n.º 2. pp. 403-464. Available: <http://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1138&context=auilr>

UNITED NATIONS (1994). *Resolution 1031. Parliamentary Assembly*.

UNITED NATIONS (1995). *Cooperation with Regional Organizations*, Part of the Annual Report of the Secretary-General on the work of the Organization – Ch. 4.

UNITED NATIONS (1999). "Cooperation Between the United Nations and Regional Organizations – Arrangements in a Peacekeeping Environment : Suggested Principles and Mechanisms, Department of Peacekeeping Operations.

UNITED NATIONS (2008). "The United Nations Human Rights System: How to Make it Work for You". Published by 'The United Nations Non-Governmental Liaison Service'.

VATEL, Emmerich (1916) *Le Droit d'après les Principes de la Loi Naturelle*. Washington. Carnegie Instituto.

VILLÁN DURÁN, Carlos. (2001) "La Declaración Universal de Derechos Humanos en la práctica de las Naciones Unidas, in Antonio Blanc Altemir" in *La protección internacional de los derechos humanos a los cincuenta años de la Declaración Universal*, Madrid, Tecnos.

WEISS, Thomas (2004). The sunset of humanitarian intervention? The responsibility to Protect in a Unipolar Era, *Security Dialogue*, SAGE.

WM. Theodore de Bary (1998) *Asian Values and Human Rights. A Confucian Communitarian Perspective*. Harvard University Press.

WRIGHT, Quincy (1959) The Strengthening of International Law in *Recueil des Courts*, volume 98, Academie de Droit International de la Haye.

ZAYTSEVA, Olexandra. (2014) *Responsabilidade Internacional dos Estados: Projeto da Comissão de Direito Internacional sobre a Responsabilidade dos Estados por atos internacionalmente ilícitos*. Disponível em:
http://recil.grupolusofona.pt/bitstream/handle/10437/6396/jurismat4_369-390.pdf?sequence=1

ZOUREK, Jaroslav (1957) “Consular intercourse and immunities” in *Document A/CN.4/108 Annuaire de la Commission du Droit International*.

OUTRAS FONTES

ACÓRDÃOS

Acórdão do TIJ, de 31 de março de 2004, Caso Avena e outros nacionais mexicanos (México vs EUA) consultado em: <http://www.icj-cij.org/>

Acórdão do TIJ, de 27 de junho de 2001, Caso LaGrand (Alemanha vs EUA). consultado em: <http://www.icj-cij.org/>

Acórdão do Inter-American Court of Human Rights de 24 de setembro de 1999. Caso *Bronstein vs Perú*.
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_54_ing.pdf

Acórdão do Inter-American Court of Human Rights, de 29 de julho de 1988. Caso *Velásquez Rodríguez*. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf

DECISÕES

Decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem de 28 de Outubro de 1998, queixa n.º 23452/94. Consultada em <http://www.echr.coe.int/>

Decisão do TEDH, de 27 de Setembro de 1995, caso McCann com Reino Unido, queixa n.º 18984/91. Consultada em: <http://www.echr.coe.int/>

Decisão da Comissão Europeia dos Direitos do Homem, de 30 de Agosto de 1994, queixa n.º 234194 e outra de 22 de Setembro de 1995, queixa n.º 20948/92, ambas pesquisadas em <http://vlex.pt/>.

Decisão da Comissão Europeia dos Direitos do Homem, de 2 de Setembro de 1991, queixa n.º 16734/90. Consultada em <http://vlex.pt/>.

Decisão de Comissão Europeia dos Direitos do Homem 10 de Julho de 1984, queixa n.º 10044/82, consultada em <http://vlex.pt>.

Decisão da Comissão Europeia de Direitos do Homem de 15 de Dezembro de 1983, queixa n.º 10227/82. Consultada em: <http://vlex.pt>.

Decisão da Comissão Europeia de 12 de junho de 1978, queixa n.º 7154, de 14 de Outubro de 1996, queixa n.º 22998/93.

PETIÇÕES

Petição Inicial do Paraguai contra os EUA e contestação dos EUA, 1998. Caso Breard (Paraguai vs EUA) consultado em: <http://www.icj-cij.org/>

COMENTÁRIOS

Comentário geral do comité de Direitos Humanos n.º 6, de 30/04/1982, sobre o direito à vida: <http://www.gddc.pt>

COMUNICAÇÕES

Comunicação n.º 546/1993. Burrell com Jamaica. CCPR/C/57/D546, fundamentando a decisão de 01/08/1996, do Comité de Direitos Humanos. Consultada em: www.gddc.pt.

Comunicação n.º 194/1985, L. Mirango Muiyo com República Democrática do Congo. CCRP/C/31/D194/1985, decisão de 27/11/1987, do Comité de Direitos Humanos. Consultada em: www.gddc.pt.

Comunicação n.º 161/1983, Herrera Rúbio com Colômbia. CCRP/C/31/D/161/1983, decisão de 02/11/1987. Consultada em: www.gddc.pt.

Comunicação n.º 84/1981, H. - G. Dermit com Uruguai. CCRP/C/17/D84/81, decisão de 21/10/1982. Consultada em: www.gddc.pt.